

INDICE N. 2/2019

GIUSEPPE SCIACCA	p. 1
Note sulla dimissione del Vescovo dallo stato clericale	
FASANO ROBERTO	p. 17
La sospensione del procedimento con messa alla prova nell'esperienza milanese	
TRONCARELLI BARBARA	p. 49
Dal globalismo economico al cosmopolitismo giuridico. Una riflessione tra effettività e idealità	
SARTEA CLAUDIO	p. 84
Gli equivoci della dignità umana ed il fondamento della biogiuridica	
CHIARELLA PAOLA	p. 107
A cherry waiting for the cake: past and present of solidarity in Europe	
DI CINTIO LUCIA	p. 129
Babatha, un'esperienza alla periferia dell'impero primi appunti su Yadin 28-30	
VISCONTI ARIANNA	p. 156
La «pazienza della terra»: dai percorsi di dominio all'incontro nel cammino. viaggio letterario nel diritto del patrimonio culturale	

Giuseppe Sciacca

Segretario del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica

Note sulla dimissione del Vescovo dallo stato clericale*

Remarks about the loss of the clerical state of a Bishop

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La disciplina secondo il Codice del 1917. 3. La disciplina attuale. 4. Una lacuna? 5. Tra diritto canonico ed ecclesiologia. 6. *Munus et exercitium muneris*. 7. Alcune incomprensioni. 8. La funzione della pena. 9. Il diritto alla pena 10. Perplexità e preoccupazioni. 10. Conclusioni.

1. Introduzione.

Hanno suscitato le seguenti riflessioni e stimolato il desiderio di ulteriore approfondimento alcuni recenti eventi ecclesiali e provvedimenti pontifici, che a sommosso avviso di chi scrive possono risultare gravidi di conseguenze e rappresentare, altresì, delicate e problematiche interferenze con quella che è la divina, irreformabile costituzione della Chiesa e l'ecclesiologia, siccome essa promana soprattutto - come vedremo - dal Concilio Vaticano II e dalla imponente riflessione teologica che ne è schiettamente derivata¹.

Si diceva: riflessioni e voglia di approfondire.

Sì, poiché, in estrema sintesi, quel che si intende qui rappresentare è una non lieve (e assai sofferta) perplessità circa la reale, legittima possibilità che un

* Contributo non sottoposto a valutazione.

¹ Vedi, a titolo esemplificativo: G. Alberigo, *Lo sviluppo della dottrina sui poteri nella Chiesa universale*, Roma 1964; D. Staffa, *De collegiali episcopatus ratione*, in *Divinitas* 1964; Y.M.J. Congar e altri, *L'episcopato e la Chiesa universale*, Roma 1965; G. Barauna (a cura di), *La Chiesa del Vaticano II*, Firenze 1965; W. Bertrams, *Il potere pastorale del papa e del collegio dei vescovi*, Roma 1967; G. Philips, *La Chiesa e il suo mistero. Storia, testo e contenuto della Lumen Gentium*, Milano 1967; P. Parente, *Il mistero teandrico della Chiesa e la Collegialità*, Rovigo 1978; G. Ghirlanda, *"Hierarchica communio" - Significato della formula nella "Lumen Gentium"* (coll. *Analecta Gregoriana*, vol. 216 *Series Facultatis Iuris Canonici: Sectio A*, n. 9), Roma 1980; AA. VV., *Chi è il Vescovo?*, Milano 1984; U. Betti, *La dottrina sull'episcopato del Concilio Vaticano II*, Roma 1984; G. Mazzoni, *La collegialità episcopale tra teologia e diritto canonico*, Bologna 1986; C.M. Martini, *Il Vescovo*, Torino 2011; D. Vitali, *"Verso la sinodalità"*, Comunità di Bose 2014. Tra le pubblicazioni anteriori al Concilio, ex. gr.: E. Guerry, *Il vescovo*, Roma 1956; A. Charue, *Le clerge diocesain p uneveque souhai*, (ed it. Roma 1962).

Vescovo possa essere dimesso dallo stato clericale; o, quanto meno, nel caso che la legittimità di siffatto provvedimento non risultasse esclusa, qui si intende evidenziare la *veemente* non opportunità dello stesso.

L'evento ecclesiale, e la relativa decisione pontificia, di cui si tratta, infatti, riguarda la dimissione dallo stato clericale dei Vescovi cileni Cox Huneeus e Ordenes Fernandez, e dell'ex Cardinale statunitense McCarrick².

È fuor di dubbio - ed è bene dichiararlo sin da subito per sgombrare, *ab imo fundo*, il campo da ogni fraintendimento o equivoco e sottovalutazione del dolore delle vittime - che le ragioni che hanno motivato la decisione pontificia sono gravissime e non possono ormai essere misconosciute o sottovalutate: il recente *summit* pastorale voluto a Roma dal Santo Padre con i Presidenti delle Conferenze episcopali di tutto il mondo, alcuni Capi Dicastero della Curia Romana, altri esperti e rappresentanti delle vittime, lo dimostra in maniera irrefutabile.

Le presenti riflessioni intendono piuttosto declinarsi essenzialmente sul fronte canonico e su quello ecclesiologico.

2. La disciplina secondo il Codice del 1917.

Il *CIC* prevede, quale massima tra le pene espiatorie irrogabile a un chierico, la dimissione dallo stato clericale, in precedenza più impropriamente definita «riduzione allo stato laicale».

Si nota, *obiter* e celermente, senza volersi qui impancare in questioni teoriche *de jure condendo*, che tale pena è, *suapte natura*, per lo meno problematica, concettualmente confliggendo con la dottrina dell'indelebile carattere sancita dal Concilio di Trento, confermata dal Vaticano II e dal vigente *CIC*.

Lo *status* infatti esprime, per definizione, la permanente, consolidata, irreformabile configurazione e situazione di un modo d'essere, della realtà ontologica, cioè dell'essere, e intervenendo il carattere, integra la dimensione di intatta, intangibile "staticità" o stabilità sacramentale.

«Stato clericale e ordine sacro sono espressioni correlative, che si richiamano a vicenda, ma enunziano anche due concetti distinti. Lo stato clericale indica per sé una situazione ecclesiastica essenzialmente *giuridica*; l'ordine, invece, determina una condizione *sacramentale* di natura ontologica, che trasforma soprannaturalmente l'uomo nel suo essere, costituendolo "ministro sacro" e

² Il successivo provvedimento a carico dell'Arcivescovo di Agaña, Mons. A.S. Apuron, è consistito nella privazione dell'ufficio, nel divieto perpetuo di dimorare anche temporaneamente nell'arcidiocesi di Agaña, nonché nel divieto perpetuo di usare le insegne proprie dell'ufficio di vescovo.

abilitandolo ad agire “in persona Christi” (can. 1008). Di conseguenza, la sacra ordinazione, che, come il battesimo e la confermazione, imprime nell’anima un *carattere indelebile* (can. 1008), una volta ricevuta validamente non può mai venir meno né essere annullata, mentre si può decadere dallo stato clericale, che è uno stato giuridico, con propri obblighi e diritti, sancito nell’ordinamento della Chiesa. A un ministro sacro - afferma in conseguenza il can. 1338 - si può proibire di esercitare la potestà di ordine o di porne alcuni atti, ma non lo si può privare della potestà che ha ricevuto nella sacra ordinazione, e gli atti da lui posti saranno sempre validi, anche se gravemente *illeciti* a causa del divieto»³.

In altri termini, con le necessarie catechetiche esplicitazioni, dimissione dallo stato clericale significa uscita dal *coetus* esterno, dall’*ordo* inteso come gruppo, categoria etc.

In ogni caso la discordanza fra *status* ontologico e *status* giuridico indotta da tale situazione è manifesto sintomo di una patologia.

Invero, non è senza significato che il *CIC* del 1917 prevedesse la dimissione dallo stato clericale *sic et simpliciter* solo per i chierici *in minoribus* (cf. can. 132 § 2, 136 § 3, 141 § 2, 648, 2358, 2387); per i chierici *in sacris, vel in maioribus* (suddiacono, e per quelli in cui il sacramento dell’ordine ricevuto: diacono e soprattutto presbitero e vescovo, produce l’indelebile carattere), erano previsti i due istituti della *depositio* (che equivale pressappoco all’odierna rimozione dall’ufficio) e la *degradatio*, che poteva essere *verbale*, inflitta cioè con provvedimento scritto, o *reale*, allorquando veniva irrogata nella drammatica solennità del Pontificale romano: epperò anche quest’ultima - seppur pena estrema - non integrava un’uscita, peraltro metafisicamente impossibile, considerato, come si è visto, il carattere permanente, dallo stato sacramentale ontologico, bensì dal ceto, dal gruppo, tanto che la massima conseguenza era la proibizione dell’uso dell’abito ecclesiastico, la perdita del *privilegium canonis et fori*, tuttavia pur sempre «solo remanente caractere ordinis indelebilis»⁴.

Invero, non esiste un vero e proprio argomento storico a sostegno dell’impossibilità di togliere a un vescovo lo stato clericale, tanto che l’antico *Pontificale Romanum* astrattamente prevedeva il relativo rito per i vescovi e finanche per i metropoliti. I precedenti normativi risalgono fino all’età post-apostolica (cf. i *Canones Apostolorum*); poi nei secoli più recenti si erano tradotti essenzialmente nella privazione del *privilegium fori*, con la consegna

³ L. Chiappetta, *Prontuario di diritto canonico e concordatario*, p. 1172.

⁴ B. Ojetti, *Synopsis rerum moralium et iuris pontificii*, vol. 2, p. 1514.

del *degradatus* al braccio secolare. Questo aspetto, peraltro, è certamente superato dalle circostanze storiche (vedasi ad esempio il doloroso caso del Cardinale Pell), e ciò rappresenta argomento utile per sostenere l'inopportunità/inutilità, attualmente, dell'istituto della riduzione allo stato laicale, anche se - va riconosciuto - non dimostra in maniera cogente che la sua applicazione in tempi passati sia stata reputata *irrationabilis*.

Ci si muoveva, peraltro, in un ambito teologico ben caratterizzato: «in Occidente c'è stata la tendenza a considerare il sacramento dell'Ordine soprattutto in rapporto al potere cultuale e specialmente quello di consacrare l'Eucaristia [...]. Tutto ciò che concerneva invece i poteri sul Corpo Mistico che è la Chiesa, sembrava dover rimanere al di fuori del sacramento dell'Ordine propriamente detto»⁵.

Pertanto anche la *degradatio*, per quanto applicabile ai Vescovi, andava forse letta essenzialmente in questa ottica della privazione del potere di giurisdizione, in una prospettiva quindi essenzialmente giuridico-disciplinare, lasciando in ombra, in qualche modo, la radice sacramentale di quel potere, ora rimessa nella giusta luce dalla teologia del Vaticano II, come si vedrà più avanti.

3. La disciplina attuale.

Ciò premesso, veniamo all'odierno ordinamento.

Invero, il can. 290 prevede che il chierico (senza ulteriori specificazioni, poiché si diventa chierici col diaconato) possa essere dimesso dallo stato clericale; epperò, quando lo stesso canone al n. 3 esemplifica la perdita dello stato clericale per rescritto della Sede Apostolica, così recita: «tale rescritto viene concesso dalla Sede Apostolica ai diaconi soltanto per gravi cause, ai presbiteri per cause gravissime».

Si impongono alcune considerazioni.

Il termine chierico, che ricorre nel *CIC* centinaia di volte, non sempre è comprensivo - eccetto sporadicamente, come, ad esempio, al can. 207, laddove si ribadisce la distinzione di diritto divino tra chierici e laici - di «Vescovo», bensì soltanto di presbitero e di diacono.

⁵ J. Lécuyer, *L'Episcopato come Sacramento*, in G. Barauna (a cura di), *La Chiesa del Vaticano II*, Firenze, 1965, p. 722.

Per lo più, infatti, allorché si vuole indicare il «Vescovo», questo termine (o l'equivalente *Praesul*), ricorre esplicitamente⁶. E', comunque, solo il Vescovo che ha il potere di costituire i chierici nel loro stato.

Ciò premesso, e in stretta logica conseguenza, allorché - come si diceva - al n. 3, il can. 290 esemplifica, dice esplicitamente del diacono e del presbitero, ma tace del tutto del Vescovo.

Dubitativamente e in ambito, comunque, di provvedimento grazioso, così scrive L. Chiappetta: «Il canone non accenna ai Vescovi, poiché ad essi un rescritto del genere, anche se possibile, di fatto non viene dato»⁷.

Afferma, al riguardo, il Cardinal Velasio De Paolis: «Nella normativa e nella prassi non è presa in considerazione la possibilità di una dispensa per un chierico che sia costituito nell'ordine episcopale»⁸.

Torna, pertanto, in mente il principio classico, secondo il quale «Quod Lex dicere voluit, dixit; quod dicere noluit, tacuit».

Purtuttavia a livello di normativa speciale nel *m. p. Sacramentorum sanctitatis tutela* (che risulta essere stato applicato nei casi citati all'inizio dell'esposizione, in particolare l'art. 21, § 2, n. 2) espressamente vengono menzionati fra i soggetti passibili di procedimento penale e di applicazione delle pene ivi previste « i Padri Cardinali, i Patriarchi, i Legati della Sede Apostolica, i Vescovi, nonché le altre persone fisiche di cui al can. 1405 § 3 del Codice di Diritto Canonico e al can. 1061 del Codice dei Canoni delle Chiese Orientali ».

4. Una lacuna?

Ma poniamo il caso che, nel Codice, si possa essere trattato di una *lacuna legis*. Procediamo allora come previsto dal can. 19 nei confronti delle lacune legislative.

Ebbene: ferma restando l'inapplicabilità del diritto suppletivo in materia penale, facendo ricorso alle fonti c.d. sussidiarie, la giurisprudenza, la prassi della Curia Romana e i precedenti in materia son chiarissimi e inequivocabili.

Il Papa San Paolo VI non concedeva il rescritto di dispensa, *et quidem* nemmeno in grazia, non solo ai Vescovi, ma neanche agli Abati e ai Superiori maggiori degli Istituti clericali.

⁶ Cf. X. Ochoa, *Index Verborum ac Locutionum Codicis Iuris Canonici*.

⁷ L. Chiappetta, op. cit., p. 1172.

⁸ *Nuovo Dizionario di diritto canonico*, v. *Perdita dello stato clericale*, Milano 1993, p. 786.

Gli unici precedenti - per fortuna sporadicissimi ma egualmente sfortunati (caso Milingo *in poenam*; Lugo *in gratiam*: il che cambia *toto coelo* la prospettiva) - son da far risalire al Pontificato di Benedetto XVI, invero troppo pochi per poter costituire un criterio ermeneutico nei confronti dell'eventuale lacuna di cui si diceva, e comunque si tratterebbe di quella *exceptio quae firmat normam*.

5. Tra diritto canonico ed ecclesiologia

Trascorrendo ora dal versante canonico a quello propriamente ecclesiologico, credo sia sufficiente far riferimento a *Lumen Gentium* nn. 19 ss., nonché a *Christus Dominus* nn. 2 ss., limpidamente recepiti e risuonanti nel can. 375.

«Uno è costituito membro del corpo episcopale in virtù della consacrazione sacramentale e mediante la comunione gerarchica col capo del collegio e con le sue membra» si legge in *LG* 22, e nella stessa Costituzione dogmatica al n. 21: «La consacrazione episcopale conferisce pure, con l'ufficio di santificare, gli uffici di insegnare e governare; questi però, per loro natura, non possono essere esercitati se non nella comunione gerarchica col capo e con le membra del collegio».

Così commenta il Chiappetta: «[I Vescovi] ricevono la loro potestà - il loro triplice “munus” - mediante la stessa consacrazione. È questa, infatti, che conferisce ai Vescovi la pienezza del sacerdozio, imprimendo in essi un carattere sacramentale proprio, che li costituisce maestri e pontefici “in persona Christi”, e, come tali, li inserisce nel corpo episcopale [...].

Di conseguenza, la potestà che hanno i Vescovi - anche quella di governo - non deriva loro dal Romano Pontefice, ma attraverso la consacrazione sacramentale, dallo stesso Cristo, di cui sono in senso proprio “vicarii” (*Lumen Gentium*, n. 27, 1)».⁹

D'altro canto, «per l'effettiva appartenenza al Collegio [dei Vescovi], non è sufficiente la consacrazione episcopale; si richiede anche la “comunione gerarchica” col Capo e con gli altri membri (*Lumen Gentium*, n. 22, 1: can. 336). Ciò significa che, se i poteri episcopali hanno come fonte radicale, ontologica, la consacrazione sacramentale, il loro esercizio richiede la mediazione ecclesiale, vale a dire la “determinazione giuridica” - la *missio canonica* - da parte dell'autorità gerarchica: nel caso dal Romano Pontefice, Capo del Collegio Episcopale.

⁹ L. Chiappetta, *Il Codice di Diritto Canonico. Commento giuridico-pastorale*, vol. I, Roma 1996², p. 500, nn. 1932-1933.

È questo il senso - annota da ultimo l'Autore - del n. 2 della "Nota esplicativa previa"»¹⁰ annessa alla Costituzione *Lumen Gentium*.

Quindi, perché la consacrazione episcopale sia non solo valida ma lecita si richiede la comunione gerarchica col Capo del collegio e con le membra. Una volta avvenuta, essa è irreversibile e produce l'irreversibile inserimento del soggetto nel Collegio. E il Collegio - sia pure con la necessaria interpretazione autentica fornita dalla *Nota praevia*¹¹ - non è una metafora, bensì una realtà istituzionale e giuridica.

Pertanto, ne consegue che il venir meno della comunione gerarchica, per un provvedimento penale da parte del Pontefice, non può, retroattivamente agendo, provocare, per così dire, l'espulsione dal Collegio, nel quale si è stati - *et quidem* irrevocabilmente - inseriti in forza della consacrazione sacramentale, bensì solo inibire l'esercizio dei corrispondenti *munera*, come peraltro recepito dal § 2 del can. 375.

Sacramento e diritto - quindi - qui si compenetrano intimamente.

Interessantissimo al riguardo il voto di Mons. Giovanni Antonio Facchinetti (poi papa Innocenzo IX) al Concilio di Trento: «Dum creamur et consecramur episcopi, contrahimus duplex vinculum, alterum cum ecclesia particolari, cui sumus praefecti ... alterum cum ecclesia universali, quae una est, et cuius episcopatus unus est ... Illud vinculum cum ecclesia particolari contractum dissolubile est voluntate papae; alterum vero contractum cum ecclesia universali minime, sed perpetuum indissolubile est»¹².

In altri termini, la partecipazione al Collegio - una volta avvenuta validamente e lecitamente la consacrazione episcopale - è parimenti ontologica e giuridica.

Invero, per intendere in pienezza il dettato conciliare, la sua novità soprattutto circa la sacramentalità della consacrazione episcopale che conferisce la pienezza del sacramento dell'ordine (*LG* n. 21), e soprattutto per coglierne integralmente la *ratio*, conviene tener presente gli schemi preparatori a suo tempo pubblicati dal P. Umberto Betti, O.F.M., poi Cardinale: «praeterea Episcopus consecratus ita charactere sacramentalis ordinis ornatur, ut numquam simplex sacerdos vel laicus rursus fieri possit»¹³. Così, scriveva a commento, tra l'altro, lo stesso P. Betti: «Ne è prova il fatto che il Vescovo non

¹⁰ *Ibid.*, n. 1934.

¹¹ Cf. al riguardo Ratzinger, *La collegialità episcopale dal punto di vista teologico*, in G. Barauna (a cura di), *La Chiesa del Vaticano II*, Firenze, 1965, p. 733 ss. e in particolare 751 ss.

¹² Citato in J. Ratzinger, *art. cit.*, p. 745.

¹³ U. Betti, *La dottrina sull'episcopato del Concilio Vaticano II*, pp. 53 e 94.

è mai stato ridotto alla stato presbiterale, anche quando ciò avrebbe evitato tanti mali alla Chiesa»¹⁴.

Per la chiarezza di linguaggio e di concetto le surriferite citazioni non necessitano di commento alcuno.

6. Munus et exercitium muneris.

Un facile contraddittore potrà obiettare che tutto ciò attiene all'indelebile carattere, e non già all'esercizio del *munus* (can. 1008).

Giustissimo! Non senza significato, infatti, il can. 375, § 2 parla dell'*irreversibile effetto* della consacrazione episcopale, il cui *solo esercizio* può essere inibito dalla mancanza di comunione gerarchica con il Capo del Collegio episcopale, il Romano Pontefice.

Commentando il testo di *LG* 22 il p. Lécuyer annotava acutamente: «Si osservi la formulazione: che la consacrazione conferisca l'ufficio o la funzione di santificare, è supposto come evidente, dal momento che essa conferisce il sacramento dell'Ordine nella sua pienezza [...]. L'affermazione del Concilio Vaticano II indirizza dunque direttamente sulle funzioni di insegnamento e di governo, che sono conferite anch'esse con la consacrazione»¹⁵.

Mentre così spiegava il requisito della *hierarchica communio* e gli effetti del suo venir meno: «Vi è senza dubbio una unità dell'episcopato che è procurata dall'unità del sacramento e dalla partecipazione alla medesima grazia episcopale. Però non potrebbe bastare: infatti, la grazia ricevuta e i poteri che quelle comportano sono ordinati a stabilire, conservare e rafforzare l'unità della Chiesa nel perseguimento della sua missione. È quindi necessario che il loro esercizio si svolga nell'unità visibile del Corpo apostolico continuato nell'episcopato. Una comunione di cuore o di sentimento non potrebbe bastare; è necessaria una comunione gerarchica, cioè che manifesti l'accettazione della coordinazione voluta da Cristo fra i membri del Corpo episcopale, e della subordinazione al successore di Pietro da parte degli altri membri del Collegio.

Voler usare i poteri ricevuti con la consacrazione al di fuori di questa comunione gerarchica, significa voler agire contro la natura stessa di questi poteri, che sono dati da Cristo per essere esercitati nell'unità del Collegio Apostolico; significa dunque, mettersi al di fuori del Collegio, separarsi, nel

¹⁴ *Ibid.*, p. 139.

¹⁵ J. Lécuyer, *L'Episcopato come Sacramento*, in G. Barauna (a cura di), *La Chiesa del Vaticano II*, Firenze, 1965, p. 722.

momento stesso, dal Collegio. Quando Nestorio rifiuta di sottomettersi agli avvertimenti di Cirillo d'Alessandria e di Celestino I, questi lo previene che egli si separa dall'insieme del Collegio, perché non può essere in comunione con i suoi membri; e quando egli si rifiuta di presentarsi al Concilio di Efeso, rinuncia, per così dire, all'ufficio episcopale.

Si deve dunque fare distinzione tra la funzione (*munus*) e l'esercizio di questa funzione: la consacrazione conferisce le funzioni episcopali, e quindi anche i poteri episcopali, perché siano esercitati nella comunione gerarchica. Questa distinzione è frequente in S. Tommaso a proposito del *potere di Ordine*; ma va notato subito che, con l'espressione "potere di Ordine", S. Tommaso intende non solo il potere di conferire i sacramenti, ma ogni *potere conferito con una consacrazione*; di tale natura è il potere episcopale di agire "in persona Christi" sulla Chiesa, un potere di ordine che rimane perpetuamente anche se il vescovo per qualche ragione è stato deposto, o si è egli stesso separato con lo scisma, benché allora ne perda l'uso, cioè il diritto di usarne»¹⁶.

Sembrerebbe, peraltro, che la modalità tipica di perdita della *communio* sia un volontario distacco dalla comunione con il Capo e le membra del Collegio, più che l'imposizione di una pena; gli esempi storici in cui si fa riferimento - *saltem* analogicamente - a una "uscita" dal Collegio episcopale attengono essenzialmente ad atti di iniziativa del Vescovo - per così dire - "auto-escluso", che si pone sicuramente nella condizione di *non dover usare* il potere (anche di giurisdizione) conferitogli con la consacrazione.

Giova ricordare a questo punto che la stessa Nota esplicativa previa reca a conclusione un "Nota Bene" che avverte: «Senza la comunione gerarchica l'ufficio sacramentale ontologico, che si deve distinguere dall'aspetto canonico giuridico, "non può" essere esercitato. La commissione ha pensato bene di non dover entrare in questioni di "liceità" e "validità", le quali sono lasciate alla discussione dei teologi», specialmente con riguardo alla situazione degli Orientali separati. Gli Orientali, infatti, non fanno parte del collegio episcopale poiché - seppur sacramentalmente valida - la loro consacrazione episcopale mancava *funditus* dell'imprescindibile requisito della *hierarchica communio*, anche se a tale riguardo la *Nota praevia* si astiene dall'esprimersi¹⁷.

Prescindendo dalla motivazione specifica che ha indotto a questa precisazione, la stessa, giusta, esitazione a tracciare un limite netto fra la validità e l'invalidità dell'esercizio consente di porsi la questione della decisività dell'un elemento (la consacrazione sacramentale) rispetto all'altro (la *communio*

¹⁶ J. Lécuyer, *art. cit.*, pp. 723-724.

¹⁷ Cf. J. Ratzinger, *art. cit.*, p. 757.

hierarchica che si esprime nella *missio canonica*), ai fini della partecipazione ontologica all'*ordo episcopalis*.

I due requisiti - osserva ancora il Betti - non sono sullo stesso piano: il primo è causa efficiente (il testo dice: «in forza della consacrazione sacramentale»), il secondo è condizione indispensabile (il testo dice: «mediante la comunione»). Si ripete quindi quanto accade nella consacrazione che conferisce la pienezza di *munus*, mentre la comunione è soltanto la condizione per il suo esercizio.¹⁸

Paucis e in estrema sintesi: la dimissione dallo stato clericale inflitta a un Vescovo confligge fatalmente con l'oggettiva permanenza dello stesso nel Collegio episcopale, malgrado l'esercizio delle funzioni gli sia inibito (cfr. can. 375 § 2).

La consacrazione legittima, infatti, opera un'irreversibile incorporazione del consacrato nel collegio episcopale, che, come si diceva prima, è ontologica e giuridica insieme¹⁹.

7. Alcune incomprensioni.

Mutando la prospettiva, e ponendosi nell'ottica del santo popolo fedele - il cui "fiuto" o *sensus fidei*, come ammonisce opportunamente Papa Francesco²⁰, deve far da guida agli stessi Pastori - è agevole constatare come le sottili distinzioni teologico-canoniche, così come la permanenza del carattere malgrado e dopo la c.d. dimissione dallo stato clericale, non sono attualmente comprese. Ciò se da un lato dipende dalla stessa stretta la connessione (*arctissima coniunctio*) che intercede tra carattere indelebile, cioè sfera ontologica e *munus*, suo esercizio, dall'altro trova eco nella pubblica opinione, che non esita a qualificare la dimissione dallo stato clericale in maniera assai sbrigativa: donde l'inquietante ritorno, anche in fogli di grande prestigio, dell'espressione *spretato*, spregiativa e forse anche lesiva degli stessi diritti umani di chierici, pur colpevoli, se colpiti dalla dimissione.

Né, invero, nei commenti ufficiali che sono seguiti alla dimissione dell'ex Cardinale McCarrick, nessuno ha ribadito la permanenza del carattere sacramentale e nessuno si è preoccupato di ricordare il dettato del can. 976, che pone in capo al sacerdote dimesso l'obbligo di ascoltare la confessione di

¹⁸ Cf. U. Betti, *La dottrina sull'episcopato del Concilio Vaticano II. Il capitolo III della costituzione dogmatica Lumen gentium*, Pontificio Ateneo "Antoniano", Roma 1984, p. 381.

¹⁹ Cf. G. Mazzoni, *La collegialità episcopale*, Bologna 1986, pp. 117, 202.

²⁰ Cf. *Evangelii gaudium*, n. 119 ss.

qualcuno che versa *in periculo mortis*, anche in presenza di un sacerdote approvato.

Per cui, quel che ormai passa nell'immaginario collettivo, purtroppo anche ecclesiale, è che il sacerdozio sia una funzione temporanea, conferita *ad tempus* o *ad nutum* poiché suscettibile di esser revocata - seppur per motivi gravissimi -; e se ciò, come si diceva sopra, appare problematico per i presbiteri, può risultare parossistico ed eversivo per i Vescovi, ove si consideri che il provvedimento è preso da Chi - Titolare del Primato, e nella pienezza della giurisdizione - è pur sempre sacramentalmente un loro pari grado.

Né potrebbe tale argomento essere considerato meramente sociologico. Il fatto che il popolo non colga la sottile distinzione è sì un problema di catechesi, ma di tale gravità da far apparire tale intervento, se non formalmente incoerente col sistema teologico-canonico, certamente del tutto inopportuno e pericoloso.

In effetti, il rischio devastante è che ciò si possa tradurre in una vera e propria erosione del sacramento dell'ordine, che, viceversa - come ben sappiamo - è misticamente, soprannaturalmente e anche in maniera storica positivamente verificabile ed esperibile, il legame che collega la Chiesa, attraverso l'ininterrotta successione apostolica, al suo Divino Fondatore.

8. La funzione della pena.

Ed allora, *quid faciendum* di fronte a così gravi delitti, se perpetrati da un chierico, Vescovo compreso?

Ritengo che andrebbe attentamente considerato il principio della gradualità e proporzionalità della pena, ove soprattutto si pensi che la dimissione dallo stato clericale è, per coloro ai quali viene inflitta, una vera e propria *sententia capitis*, che sta finendo per assumere, mediaticamente, tutte le caratteristiche di una vendetta, mentre si perde di vista quel che ogni pena - dopo Beccaria! - deve essenzialmente e prioritariamente essere: rieducativa e realisticamente espiativa, allorquando le oggettive condizioni anche anagrafiche di colui alla quale viene inflitta, possano consentirlo (cf. can. 1341).

E ciò appare tanto più doveroso e coerente, allorquando - come nel momento presente e mai prima come adesso - provvidenzialmente la Chiesa col suo Capo Visibile è seriamente impegnata nella lotta per l'abolizione della pena di morte e dell'ergastolo, come il Santo Padre Francesco giustamente non ha esitato ad

affermare: «Una pena senza futuro, una condanna senza futuro non è una condanna umana: è una tortura»²¹.

Va aggiunto, per notizia storica, che la *degradatio* - l'unica pena del vecchio ordinamento che potesse integrare l'attuale dimissione dallo stato clericale - a giudizio di Benedetto XIV non fu mai applicata per il *crimen* della *sollicitatio ad turpia in confessione*²².

Pena certamente severa da applicarsi preferibilmente ai presbiteri e, certamente, per i Vescovi, potrebbe essere la *suspensio* a tempo indeterminato (can. 1333 § 1-2, can. 1312 § 1 n. 1, e altre limitazioni quali l'obbligo di residenza, il divieto di usare le insegne etc., come avvenuto per l'Arcivescovo di Agaña, Mons. Apuron); il che eviterebbe formidabili rischi per l'integrità del sacramento dell'ordine e del carattere ontologico, come sopra si è tentato di descrivere.

La sospensione ha il pregio di essere una pena medicinale, il che evita l'eco vendicativa anche presente nelle pene c.d. espiatorie e, soprattutto, il rischio di abuso di potere, e consente, altresì, di mantenere una qualche forma di giurisdizione sulle persone cui viene inflitta, cercando di evitare, tra l'altro, la recidività con la possibilità di accompagnamento, controllo, aiuto, etc.: ciò che, per ovvie ragioni, è impossibile compiere nei confronti di chi è dimesso dallo stato clericale.

9. Il diritto alla pena.

Punire, dunque, sì; non solo le vittime ne hanno diritto, ma anche il reo ha diritto alla pena, come ha scritto in indimenticabili e sapientissime pagine F. Carnelutti²³, ma pur sempre all'interno di un sistema che non rinunci a fondamentali garanzie, senza le quali l'ordinamento giuridico cessa di esser tale, quali la presunzione di non colpevolezza, il diritto di difesa, la irretroattività della legge penale positiva, a meno che successivamente al reato

²¹ Discorso tenuto nel corso della visita al Centro Penitenziario Femminile di Santiago del Cile, 16 gennaio 2018, in *Osservatore Romano* del 18 gennaio 2018, p. 8.

²² Cf. *De Synodo Dioecessana*, lib. IX, c. VI, n. VII. La previsione di tale sanzione venne introdotta dalla Cost. *Universi dominici* di Gregorio XV (30.VIII.1622); nondimeno, afferma Papa Lambertini, «ab eo tempore, quo haec Constitutio edita fuit, nullum exemplum reperire datum est, quo huiusmodi sollicitationis, cum circumstantiis etiam quantumcumque aggravantibus, reus, degradatione punitus, et foro saeculari traditus fuerit» (*loc. cit.*).

²³ Cf. F. Carnelutti, *Arte del diritto*, Torino 2017. E, sebbene spesso su posizioni discordanti da Carnelutti, concorda in questo G. Bettiol: «L'uomo ha diritto alla pena, così come ha diritto al riconoscimento della sua dignità di persona» (*Il problema penale*, Palermo 1948, p. 109).

non sia stata promulgata una pena più mite, in forza del principio del *favor rei*, la necessità della raggiunta certezza morale prima di profferir condanne e, certo non per ultima, la prescrizione, siccome radicata, seppur mediatamente, nel diritto naturale medesimo.

A suo tempo, non si è mancato di avvertire, *salva debita reverentia*, alcune perplessità nei confronti di taluni recenti provvedimenti legislativi, soprattutto per la funzione del Vescovo diocesano, per il quale, tra l'altro, si faceva riferimento al can. 193, che afferisce alla generica rimozione dagli uffici, mentre quello del Vescovo diocesano è ufficio primario *ex iure divino*, e il Vescovo può finir di essere considerato alla stregua di un funzionario della Santa Sede e non già quello che il Vaticano II indelebilmente scolpisce: «Episcopi Ecclesias particulares sibi commissas ut vicarii et legati Christi regunt [...] neque vicarii Romanorum Pontificum putandi sunt» (LG 27).

Con conseguenze rischiose non solo per i singoli Vescovi, e le varie Chiese particolari coinvolte, ma anche per la stessa Santa Sede, che la c. d. *accountability*, *in subiecta materia*, fatalmente comporta alla luce di una pretesa responsabilità aziendale, del principio che «non poteva non sapere», e del «*respondeat superior*», che contraddice all'irrinunciabile principio della civiltà giuridica secondo il quale la responsabilità penale è personale.

10. Perplessità e preoccupazioni.

In conclusione, si ritiene che la presenza del su esposto dubbio positivo - attesa la formidabile gravità della materia - dovrebbe suggerire prudenza e cautela, magari in attesa di ulteriore chiarificazione e approfondimento giuridico-teologico.

Ma oltre a codeste perplessità *in puncto iuris*, altre ve ne sono, di carattere maggiormente pratico, che dovrebbero comunque indurre a maggior cautela nell'erogazione della c.d. dimissione dallo stato clericale nei confronti di chi è insignito della pienezza del sacerdozio.

Una preoccupazione che in particolare si vuole qui esternare ed è il rischio, non aleatorio, che qualche Vescovo maggiormente "reattivo" possa rispondere, polemicamente e violentemente, procedendo a conferire delle ordinazioni episcopali, che seppur illecite sarebbero parimenti valide, con le conseguenze che è facile immaginare.

È pur vero che una simile reazione è ipotizzabile anche nel caso di applicazione di altri e meno drastici provvedimenti, pur tuttavia è lecito ipotizzare che una più grave sanzione possa più facilmente provocare una "proporzionata" reazione.

In conclusione se non si può forse sostenere una vera impraticabilità teologico-canonica della dimissione dei vescovi dallo stato clericale, si ravvisano tuttavia, di certo, molti e gravi argomenti per riconoscerne l'inopportunità.

10. Conclusioni.

A questo punto sia consentita, quasi a mo' di corollario, qualche riflessione sulle *Note* di Benedetto XVI, pubblicate nell'aprile 2019, in merito al fenomeno della pedofilia nella Chiesa. Joseph Ratzinger procede a lucidissima diagnosi quanto alle cause di natura culturale o para-culturale che avrebbero remotamente e meno remotamente determinato la lamentevole deriva morale nel clero: permissivismo sfrenato, erotismo dilagante, trionfo incondizionato delle tesi di Marcuse e, più da presso, cioè nel nostro ambito, una teologia morale che, in nome di un ottimismo di maniera, rinunciava a distinguere fra bene e male, lecito e illecito e si faceva - per così dire - solamente o prevalentemente "narrativa", così finalmente superando il deprecato dualismo o dicotomia anima-corpo, di matrice platonica ed estraneo - si diceva - alla genuina tradizione biblica, e la conseguente sessuofobia che albergava negli ambienti ecclesiali.

Nondimeno, col dovuto rispetto e l'affetto di filiale gratitudine a Benedetto XVI, v'è un punto, invero a giudizio di chi scrive non secondario, nel quale non è possibile seguirlo ed è quando egli afferma che vi fu - nell'approccio ai casi di pedofilia nel clero - un eccesso di garantismo.

«Ormai - scrive J. Ratzinger - era considerato "conciliare" solo il così detto "garantismo". Significa che dovevano essere garantiti soprattutto i diritti degli accusati e questo fino al punto da escludere di fatto una condanna».

Non si trattò affatto di garantismo - che è una categoria o, meglio, un modo di essere necessario di ogni sano, corretto, evoluto sistema giuridico - bensì della totale colpevole assenza di ogni e qualsivoglia ricorso ad un rimedio giuridico, segnatamente all'interno del diritto penale canonico, a causa del diffuso, pervasivo pregiudizio (anzi totale ostracismo) anti-giuridico (e antiromano) presente in tantissimi e autorevolissimi protagonisti di quegli anni, che univano in un unico durissimo giudizio di condanna persone e ambienti, dal Cardinal Ottaviani alla c. d. Scuola Romana, per non parlare della Curia Romana, nel tentativo ora subdolo, ora clamoroso (vedi Hans Küng) di paralizzarne e colpevolizzarne perfino l'autoconsapevolezza identitaria, oltre che le funzioni istituzionali ed ecclesiali, come più volte e accuratamente denunciato da Paolo VI; pregiudizio che sostanzialmente perdurò fino alla promulgazione del Codice di Diritto Canonico da parte di Giovanni Paolo II nel

1983, così finalmente venendo fuori da quella che il Segretario di Stato Cardinal Agostino Casaroli, nel solenne Discorso rivolto a Giovanni Paolo II in occasione della promulgazione del nuovo Codice, - con finezza - non avrebbe esitato a definire “incertezza del diritto” e “pratica anomia”²⁴, iniziata coi lavori di revisione del Codice, peraltro sapientemente annunciata dal buon senso pastorale di Giovanni XXIII, in una con l’indizione del Concilio Ecumenico e del Sinodo Romano.

A quel pesante clima di autentica intimidazione anti-giuridica e anti-romana qualcuno, autorevolissimo, reagì: penso a Hans Urs von Balthasar (*Il complesso antiromano*), e allo stesso Ratzinger, i quali diedero vita - ma siamo sul versante schiettamente teologico e non canonico - alla rivista *Communio*.

Quindi non si trattò di eccesso di garantismo a favore dei colpevoli (*rectius*: degli accusati), bensì della totale assenza di un intervento di natura giuridica, e ahimè, si deve aggiungere che di eccessive garanzie (ma le garanzie se son tali non sono mai eccessive, bensì sempre e solo fisiologiche e, quindi, necessarie!) non si trova traccia né nel primo intervento legislativo in materia - *Sacramentorum sanctitatis tutela* del 2001 - né ancor meno nelle *Norme* successive del 21 maggio 2010, allorquando non solo si è ipertroficamente allungato il termine di prescrizione, giungendo financo a prevedere la dispensa dalla prescrizione *tout court* (il che lascerebbe basita qualunque persona di media sensibilità e cultura giuridico-secolare), ma non si è tenuto in nessun conto né il principio di irretroattività della legge penale positiva (con la significativa eccezione di una legge successiva, se più favorevole all’accusato), né della gradualità della pena (cf. can. 1364, §2; 1367; 1370, §1; 1387; 1394, §1; 1395, §1), comminando immediatamente la dimissione dallo stato clericale, né il necessario esercizio del diritto di difesa, dal momento che - contravvenendo al dettato del can. 1342 § 2, a mente del quale una pena perpetua può essere irrogata solo nel processo giudiziario e, quindi, dibattimentale - essa, disinvoltamente, viene applicata anche, anzi quasi sempre, per decreto amministrativo.

È altresì rivelatore e penoso quel che Joseph Ratzinger coraggiosamente confessa e cioè che si sostituì alla saggia, prudente proposta dei “canonisti romani” di comminare la sospensione (che poteva essere a tempo indeterminato) dei colpevoli (non escludendo così tassativamente una loro conversione e redenzione: nulla è impossibile a Dio), quella della dimissione dallo stato clericale, in quanto ciò «non poteva essere accettato dai Vescovi americani, perché in questo modo [con la sospensione *a divinis*] i sacerdoti

²⁴ *Communicationes*, XV (1983) p. 40.

restavano a servizio del Vescovo, venendo così ritenuti come figure a lui direttamente legate».

Così, per evitare complicazioni burocratiche e conseguenze economiche (*business is business*) si è proceduto a spron battuto con l'irrogare una pena, la dimissione dallo stato clericale, che - come si è cercato di dimostrare - è intrinsecamente problematica, poiché, se non rettamente intesa (come sovente avviene), confligge con la dottrina e la verità dell'indelebile carattere impresso dal sacramento dell'ordine.

Il rischio è che - seppur animati dalle migliori intenzioni e col sacrosanto dovere di proteggere le vittime, senza minimizzare quello che hanno subito, e di sanzionare doverosamente i colpevoli - si proceda a dar vita a una giustizia sommaria, frutto di veloci interventi legislativi emergenziali - sotto la spinta di formidabili pressioni mediatiche - dai quali, insieme alla giustizia sommaria di cui si diceva or ora, possono venir fuori tribunali di fatto *speciali*, con tutte le conseguenze, gli echi sinistri e le tristi memorie che ciò comporta. Il pericolo si è che - paradossalmente malgrado la riscoperta e la valorizzazione della collegialità episcopale - si possa verificare e ripetere, a danno del Vescovo diocesano, *mutatis mutandis*, quella svalutazione della sua funzione nella Chiesa che ebbe luogo allorquando si volle, giustamente, proteggere il Vescovo dal potere secolare in epoca feudale e si sviluppò ipertroficamente la centralizzazione romana, come scriveva acutamente O. Rousseau, OSB²⁵, già a gli inizi degli Anni Sessanta dello scorso secolo.

Quanto sopra, non già con la pretesa di aver risolto un problema, ma con l'intenzione di evidenziarne l'esistenza e il desiderio di approfonditi contributi da parte di altri.

Abstract. In the wake ex-Cardinal McCarrick--among other prelates--being dismissed from the clerical state, the Author sets out to pose a positive doubt regarding the legitimate application of this expiatory penalty to bishops, or at least evidence the grave ecclesial consequences of doing so. As anticipated in the canonical tradition of the *degradatio* and reflected in the 1983 CIC, the Author contends that the Second Vatican Council in its Dogmatic Constitution *Lumen Gentium* teaches that a bishop's participation in the College of Bishops is equally ontological and juridical, such that he cannot be dismissed from it, if not voluntarily, as in the case of heresy or schism. Preferring an alternative suspension *a tempo indeterminato*, the Author discusses the dangers both pastoral and diplomatic of the present approach, and concludes by addressing the idea of an excessive "garanterism" criticized by Pope Emeritus Benedict XVI's recent *Note*.

Keywords. Clerical state, loss, bishop.

²⁵ Cf. O. Rousseau, *La dottrina del ministero episcopale e le sue vicende nella Chiesa d'Occidente*, in J. Congar, *L'episcopato e la Chiesa universale*, cit., pp. 372 ss.

Roberto Fasano

Dottore in Giurisprudenza

***La sospensione del procedimento con messa alla prova
nell'esperienza milanese****

The suspension of the trial procedure in the milanese experience

SOMMARIO - 1. Introduzione - 2. La disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova per adulti: brevi cenni - 3. La messa alla prova nella prassi milanese - 4. La richiesta di sospensione del procedimento - 4.1. Casi particolari - 5. I dati statistici: fonti di ricerca e metodologia - 6. I dati dell'Ufficio di esecuzione penale esterna di Milano - 7. I dati del Tribunale di Milano - 7.1. I dati relativi al 2018: una crescita costante - 8. Considerazioni - 9. Le proposte degli operatori

1. Introduzione.

L'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova¹ ha costituito un'importante innovazione dell'ordinamento penale italiano non

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Per approfondire l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova v.: L. Bartoli, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cassazione penale*, 2015, pp. 1755 ss.; R. Bartoli, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Id., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Diritto penale e processo*, 2014, pp. 661 ss.; Id., *Le recenti questioni applicative in tema di messa alla prova dell'adulto*, in F. Palazzo-G. Spangher (a cura di), *Giurisprudenza Italiana, Gli Speciali, Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso*, 2015, pp. 5 ss.; P. Bernazzani, *La sospensione del procedimento con messa alla prova, Corte Suprema di Cassazione - Ufficio del Massimario e del Ruolo - Servizio Penale* (a cura di), 2015; V. Bove, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Id., *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della l. 67/2014*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014; C. Cesari, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, in *La legislazione penale*, 2014, fasc. IV, pp. 510 ss.; C. Conti, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 68 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in C. Conti-A. Marandola-G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova 2014, pp. 12 ss.; A. Di Tullio D'Elisiis, *L'applicazione della messa alla prova per gli adulti e i minori*, 2° ed., Santarcangelo di Romagna (RN) 2016; G.L. Fanuli, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2014, pp. 427 ss.; F. Gaito, *Sospensione del processo con messa alla prova*, in

solo sul piano sistematico-dottrinale² - costituendo “un ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio”³ - ma anche in quanto ha modificato l’operato ordinario dei suoi principali attori.

L’introduzione dell’istituto ha reso necessaria la relazione tra soggetti che in precedenza non avevano occasioni di collaborazione, come la figura del GIP e l’Ufficio esecuzione penale esterna (UEPE)⁴. Inoltre, ha comportato un ripensamento dei ruoli: all’imputato è stata riconosciuta una funzione attiva e

Archivio penale, 2016, fasc. I (web); M. L. Galati-L. Randazzo, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Milano 2015; A. Logli, *La sospensione del processo per messa alla prova tra equivoci dogmatici e limiti operativi*, in M. Daniele-P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Torino 2015, pp. 133 ss.; A. Marandola, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Diritto penale e processo*, 2014, pp. 674 ss.; A. Nappi, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Un rito affidato all'impegno degli interpreti*, in *La legislazione penale*, 2015; R. Piccirillo, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, Relazione n. III/07/2014 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione; L. Pulito, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Processo Penale e Giustizia*, 2015, fasc. I, pp. 97 ss.; A. Sanna, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cassazione penale*, 2015, pp. 1262 ss.; E. Sylos Labini, *Nuove prospettive nelle alternative al processo penale. La messa alla prova e la particolare tenuità del fatto*, Roma 2017; G. Tabasco, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Archivio penale*, 2015; N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino 2014; P. Troncone, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Roma 2017; M. Vania, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Napoli 2017.

² V. Bonini, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, in *Archivio penale*, 29 novembre 2018, pp. 5, 16, 21: particolarmente suggestiva è la tesi dell’Autrice che fonda l’eterogeneità dell’istituto come conseguenza della sua finalità individuata nell’esclusiva “centralità (di) una forma di giustizia penale riparativa, che valorizza i profili comportamentali post factum dell’imputato ai fini di una corposa rinuncia all’accertamento e alla risposta sanzionatoria”.

³ Corte Costituzionale n. 91 del 21 febbraio 2018: tale sentenza è fondamentale per lo sviluppo dell’istituto, in quanto lo “radica” in profondità nel terreno costituzionale del nostro ordinamento e ne approfondisce le modalità applicative, facilitandone in tal modo la diffusione. v. G. Leo, *La Corte Costituzionale ricostruisce ed ‘accredita’*, in *punto di compatibilità costituzionale, l’istituto della messa alla prova*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018; C. Minnella, *La messa alla prova supera il vaglio di costituzionalità*, in *Diritto e Giustizia*, 2018, fasc. LXXVIII, pp. 13 ss.; R. Muzzica, *La Consulta ‘salva’ la messa alla prova: l’onere di una interpretazione ‘convenzionalmente’ orientata per il giudice nazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018; C. Conti, *La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?*, in *Diritto penale e processo*, 2018, fasc. V, pp. 666 ss.; C. Bottino, *Principi costituzionali e probation processuale: un contrasto inesistente*, in *Archivio penale*, 2018; C. Migliaccio, *La postmodernità del diritto: il vaglio di legittimità costituzionale della messa alla prova in un processo senza “pena” con finalità specialpreventive*, in *Processo penale e Giustizia*, 2018, fasc. VI, pp. 1070 ss.

⁴ V. Bove, *Messa alla prova, a poco più di anno: quali, ancora, le criticità?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015.

propositiva non solo nell'attivazione della procedura - elemento già presente nell'applicazione della pena su richiesta delle parti⁵ - ma anche nella definizione dei contenuti e sul piano dell'esecuzione della misura⁶: il suo consenso deve "sostenere" la prova per tutta la durata, costituendo strumento e manifestazione di un percorso di responsabilizzazione⁷.

Il giudice, poi, è chiamato in una fase embrionale del procedimento a esprimere valutazioni rispetto al fatto di reato (potendo giungere fino alla riqualificazione giuridica⁸), rispetto alla condotta futura dell'imputato e all'esito del percorso di responsabilizzazione⁹; infine, l'UEPE, oltre a definire i contenuti della prova, acquista centralità¹⁰ nella fase di esecuzione, prendendosi carico dell'imputato e svolgendo una prima (fondamentale) funzione di valutazione dell'impegno professato e dei risultati raggiunti¹¹.

La necessità di gestire e rendere efficiente questa innovativa rete di relazioni e funzioni all'interno del sistema penale ha portato all'elaborazione e adozione di linee guida, funzionali a offrire indicazioni operative per la corretta applicazione dell'istituto¹².

⁵ Corte Cost. n. 91/18. Sul punto cfr. A. Macchia-P. Gaeta, *Messa alla prova ed estinzione del reato: criticità di sistema e adattamenti funzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, fasc. X, pp. 141 ss., in cui gli Autori contestano alla Corte "una qualche contraddittorietà" nell'affermare la mancanza di aspetti di assimilazione tra messa alla prova e patteggiamento, oltre la comune base consensuale. Nella pronuncia in esame, però, la Corte Costituzionale non si contraddice, in quanto non afferma la somiglianza tra i due istituti bensì l'esclusiva analogia sulla base del "punto di contatto" della necessaria iniziativa dell'imputato per introdurre l'istituto: v. V. Bonini, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, cit., pp. 18 ss.

⁶ Corte Cost. n. 91/2018: "viene riservata alla volontà dell'imputato non soltanto la decisione sulla messa alla prova, ma anche la sua esecuzione".

⁷ C. Conti, *La messa alla prova tra le due corti*, cit., p. 679; V. Bonini, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, ivi, p. 20: le Autrici sostengono, inoltre, che l'immanenza del consenso alla prova è funzionale ad escludere la natura sanzionatoria della messa alla prova.

⁸ Cassazione penale, Sez. quarta, n. 36752 del 8 maggio 2018, *DeJure*.

⁹ G. Zaccaro, *La messa alla prova per adulti. Prime considerazioni*, in *Questione Giustizia*, 2014; C. Conti, *La messa alla prova tra le due corti*, cit., p. 680.

¹⁰ F. Nevoli, *La sospensione del procedimento e la decisione "sulla prova"*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria*, Torino 2014, p. 157.

¹¹ V. Bove, *L'istituto della messa alla prova "per gli adulti": indicazioni operative per il giudice e provvedimenti adottabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, p. 12.

¹² dal testo delle Linee guida del Tribunale di Milano (disponibili sul sito del Tribunale di Milano: <https://www.tribunale.milano.it/>), p. 17: "La collaborazione tra avvocati, magistrati e personale addetto all'esecuzione costituisce, a parere degli estensori del documento, l'unica possibilità per consentire al nuovo istituto di ottenere i risultati che il legislatore si è proposto con l'ampliamento dell'applicazione della messa alla prova agli imputati maggiorenni".

Il Tribunale di Milano ha costituito l'avanguardia di tale sperimentazione, imponendosi come modello a cui guardare su tutto il territorio nazionale¹³: già nel luglio 2014, un gruppo di lavoro promosso dal Presidente del Tribunale di Milano e formato da alcuni giudici della Sezione penale, da esponenti della Camera penale "Gian Domenico Pisapia" e dal direttore dell'UEPE milanese ha elaborato le indicazioni operative della normativa *ex* Capo secondo della l. 67/2014¹⁴, allegando, inoltre, prototipi relativi alla modulistica necessaria per la formulazione dell'istanza¹⁵.

Svolte queste premesse, il saggio si snoderà secondo un preciso itinerario: a una breve disamina delle principali peculiarità della disciplina, seguirà un'analisi delle predette linee guida, sulla base di elementi raccolti attraverso diversi colloqui sostenuti con i membri del Gruppo di lavoro. Quindi, si procederà all'esame dei dati statistici relativi all'applicazione dell'istituto nel Tribunale di Milano dalla data di introduzione (17 maggio 2014) al marzo 2018, per poi formulare talune valutazioni circa l'impatto fatto registrare nella prassi.

2. La disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova per adulti: brevi cenni.

La messa alla prova - disciplinata dagli artt. 168 *bis*-168 *quater* c.p. e dagli artt. 464 *bis*-464 *novies* c.p.p. - può essere richiesta nei procedimenti per reati puniti con pena detentiva, sola o congiunta a pena pecuniaria, non superiore nel massimo edittale a quattro anni e per i reati elencati nel co. secondo dell'art. 550 c.p.p.

L'istanza di sospensione, che può essere proposta dalla fase delle indagini preliminari¹⁶ fino all'apertura del dibattimento di primo grado, deve essere

¹³ M. Grotto, *Messa alla prova: il protocollo del Tribunale di Vicenza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016.; F. Filice, *Messa alla prova: un vademecum da Vercelli*, in *Questione giustizia*, 2014; Redazione, *Messa alla prova: il protocollo d'intesa del Tribunale di Roma*, in *Osservatorio penale*, 2016.

¹⁴ Obiettivo dichiarato nelle linee guida: "non condizionano in alcun modo il potere di interpretazione delle norme da parte dei giudici, né tantomeno quello di valutazione dei presupposti per l'applicazione dell'istituto, ma sono dirette a rendere più snello il procedimento di ammissione e a garantire l'effettività dell'esecuzione delle messe alla prova che ciascun magistrato riterrà meritevoli di accoglimento".

¹⁵ I prototipi sono disponibili sul sito del Tribunale di Milano: <https://www.tribunale.milano.it/>

¹⁶ Se la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova viene presentata nella fase delle indagini preliminari, per l'approvazione dell'istanza è richiesto il consenso espresso del PM al fine di evitare il conflitto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale: v. G.

presentata personalmente dall'imputato o tramite procuratore speciale. Non si può beneficiare più di una volta della misura e la stessa è preclusa ai c.d. "delinquenti qualificati".

Il contenuto della prova, elaborato nell'ambito della collaborazione tra imputato e UEPE, prevede: condotte riparative, finalizzate ad eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato; condotte risarcitorie, previste ove possibile; lavoro di pubblica utilità, il quale, definito tenendo conto delle specifiche professionalità ed attitudini lavorative dell'imputato, costituisce l'unico contenuto obbligatorio della prova¹⁷; condotte volte a promuovere, sempre ove possibile, la mediazione con la persona offesa¹⁸.

Ubertis, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Archivio penale*, 2015, fasc. II, pp. 729 ss.

¹⁷ L'obbligatorietà esclusiva di tale specifico contenuto si evince sia dall'art. 168 bis c.p., in cui si afferma la subordinazione della concessione della misura alla prestazione del lavoro di pubblica utilità, che dall'art. 168 quater c.p., il quale dispone che il rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità costituisce causa autonoma di revoca della misura.

¹⁸ Lo sviluppo di percorsi di mediazione all'interno della cornice della messa alla prova si scontra, però, con l'assenza di una completa struttura normativa idonea ad assicurare un efficiente sistema di garanzie e a definire gli effetti sull'esito della messa alla prova. Di conseguenza, affinché la mediazione abbia reale ed efficace cittadinanza nel nostro sistema penale - e non solo nel corso della messa alla prova - sarebbe necessario un deciso intervento del legislatore che introduca una disciplina completa relativa a tale istituto, ispirandola ai principi generali già espressi a livello sovranazionale. v. C. Mazzucato, *Ostacoli e "pietre di inciampo" nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in G. Mannozi G.-G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna 2015; Id., *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla restorative justice*, in AA.VV., *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università Cattolica S.C. (sede di Piacenza), fasc. II, Tricase 2010; Id., *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in L. Picotti-G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale 'conciliativa'. Il volto delineato dalla Legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano 2002; Id., *Per una risposta democratica alle domande di giustizia: il compito appassionante della mediazione in ambito penale*, in *Ars Interpretandi*, 2005, fasc. IX; Id., *Tra il dire e il fare. Sfide attuali e 'crisi di crescita' della giustizia riparativa in Italia. Brevi riflessioni sulla giustizia senza ritorsione in un sistema penale ancora retribuzionistico*, in F.T. Tagle (a cura di), *El sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal. Ensayos en honor a Massimo Pavarini*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2015; Id., *La giustizia dell'incontro. Il contributo della giustizia riparativa al dialogo tra responsabili e vittime della lotta armata*, in G. Bertagna-A. Ceretti-C. Mazzucato (a cura di), *Il libro dell'incontro*, Milano 2015; R. Muzzica, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, fasc. III, pp. 158 ss.; M. Cagossi, *Esperimenti di giustizia riparativa nell'ordinamento italiano*, in L. Luparia (a cura di) *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milano 2015; L. Eusebi, *Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene?*, in L. Eusebi (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano 2016; E. Mezzetti, *Prove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione*

Il giudice - previa esclusione della possibilità di pronunciare sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p. - ordina la sospensione del procedimento se, in base ai parametri dettati dall'art. 133 c.p.: reputa idoneo il programma di trattamento presentato; ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati e valuta che il domicilio indicato nel programma dell'imputato sia tale da assicurare le esigenze di tutela della persona offesa dal reato. La sospensione del procedimento determina, inoltre, la sospensione del corso della prescrizione, limitata, nel caso di processo soggettivamente cumulato, al soggetto beneficiario¹⁹.

Durante l'esecuzione della prova l'imputato viene affiancato dagli operatori dell'UEPE, i quali informano il giudice con relazioni periodiche ed una relazione conclusiva.

riparatoria o conciliativa legislative, in *Cassazione Penale*, 2016, fasc. IX, pp. 3094 ss.; M.R. Parruti, *Nuove tipologie sanzionatorie e strumenti di giustizia riparativa*, in L. Eusebi (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano 2016; P. Palazzo, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in G. Mannozi-G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna 2015.

¹⁹ La seconda parte del co. primo dell'art. 168 *ter* dispone la non applicazione delle disposizioni del primo co. dell'art. 161 c.p., il quale - nel momento dell'introduzione dell'art. 168 *ter* nel Codice penale - affermava che la sospensione e l'interruzione della prescrizione avessero effetto per tutti coloro che hanno commesso il reato. Dal combinato disposto degli artt. 168 *ter* e 161 c.p., derivava, quindi, che la sospensione del corso della prescrizione fosse limitata al solo imputato beneficiario dell'istanza di messa alla prova accolta. Recentemente, però, il co. primo dell'art. 161 c.p. è stato modificato dalla c.d. riforma Orlando: il legislatore ha diviso gli effetti relativi all'interruzione rispetto a quelli relativi alla sospensione, disponendo che l'interruzione continui ad avere effetto per tutti coloro che hanno commesso il reato mentre la sospensione abbia effetto limitatamente agli imputati nei cui confronti si sta procedendo. I rapporti tra le due disposizioni risultano, quindi, incisivamente modificati: in seguito alla modifica dell'art. 161 c.p., infatti, l'applicazione della sospensione della prescrizione limitata all'imputato nei cui confronti si sta procedendo - che prima costituiva norma speciale ex art. 168 *ter* c.p.- costituisce la nuova disciplina generale. Di conseguenza, emerge un problema interpretativo, in quanto, disponendo la non applicazione del primo co. dell'art. 161 c.p., l'art. 168 *ter* adesso dispone in senso contrario rispetto all'originaria *voluntas legis*. Tale problema interpretativo potrebbe, apparentemente, essere risolto tramite l'applicazione dei principi generali successivi ad un'interpretazione logica delle disposizioni. Infatti, il rapporto di specialità esistente pre-riforma Orlando tra la norma speciale dell'art. 168 *ter* c.p. e la norma generale dell'art. 161 c.p. risulta superato dall'effetto della riforma, in quanto la disciplina speciale è diventata disciplina generale: la *lex posterior* dell'art. 161 c.p. abroga la *lex priori* dell'art. 168 *ter* c.p. Tale soluzione, però, presuppone il superamento della interpretazione letterale dell'art. 168 *ter* c.p., sulla base di una supposta svista da parte del legislatore e la sua perdurante scelta a favore della sospensione limitata ai beneficiari dell'istanza accolta di messa alla prova. Per evitare tale ragionevole ma audace scelta dell'interprete, si richiede, quindi, un intervento del legislatore sull'art. 168 *ter* c.p., al fine di espungere il divieto di applicazione dell'art. 161 c.p. e ridisporre indubbiamente l'originario effetto normativo della sospensione limitata al soggetto beneficiario.

Al termine del periodo di sospensione, se il giudice - riscontrando il rispetto delle prescrizioni prestabilite e valutando il comportamento dell'imputato - ritiene che la prova abbia avuto esito positivo, dichiara l'estinzione del reato; se, invece, ritiene che l'imputato non si sia responsabilizzato rispetto alla sua condotta e che - di conseguenza - la prova abbia avuto esito negativo, dispone con ordinanza la ripresa del procedimento dal momento in cui era stato sospeso²⁰.

3. La messa alla prova nella prassi milanese.

L'esame della prassi milanese segnala *in primis* talune soluzioni adottate per sciogliere i principali nodi emersi nel dibattito dottrinale e nello sviluppo della giurisprudenza di legittimità e costituzionale.

In particolare, il Tribunale di Milano ha fatto proprie le medesime soluzioni proposte da un'ormai nota pronuncia del Tribunale di Torino²¹ rispetto a due *vexatae quaestiones*: la possibilità di considerare ammissibile l'istanza di messa alla prova presentata in un procedimento che alla data di entrata in vigore della l. 67/14 fosse già in una fase avanzata²² - quindi oltre i termini decadenziali *ex art. 464 bis c.p.p.* - e l'ammissibilità, in un processo oggettivamente cumulativo, di un'istanza di messa alla prova richiesta solo per alcuni dei reati contenuti nell'imputazione²³ (c.d. messa alla prova parziale). Il

²⁰ Alla ripresa del procedimento, non sarà possibile all'imputato richiedere l'accesso ad un rito premiale: v. A.M. Siagura, *Effetti della revoca della sospensione del processo con messa alla prova*, in *Archivio penale*, 2019, fasc. I (web).

²¹ Tribunale di Torino, ordinanza del 21 maggio 2014, Giudice De Marchi, *Diritto penale contemporaneo* con commento di M. Miedico, *Sospensione del processo e messa alla prova per imputati maggiorenni: un primo provvedimento del Tribunale di Torino*, 2014.

²² Per approfondire, v. F. Martella, *Messa alla prova "per adulti": la questione della (assenza di) disciplina intertemporale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014; F. Piccichè, *Alle sezioni unite la questione dell'applicabilità del nuovo istituto della messa alla prova ai processi in corso*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014; N. Pascucci, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e assenza di una disciplina transitoria: alle omissioni del legislatore si aggiunge la scure dei giudici di legittimità*, in *Cassazione penale*, 2015, fasc. III, pp. 1143 ss.; J. Della Torre, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*, in *Cassazione penale*, 2016, fasc. IV, pp. 1488 ss.; F. Centorame, *Applicazione retroattiva delle norme sulla messa alla prova: "pollice verso" della Consulta*, in *Cassazione Penale*, 2016, pp. 3236 ss.; O. Mazza, *Il regime intertemporale della messa alla prova*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2015, fasc. IX, pp. 3236 ss.

²³ Per approfondire, v. V. Bove, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della L. 67/14*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, p. 18; G.L. Fanuli, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2014, p. 4; J. Della Torre, *La Cassazione nega*

Tribunale milanese ha considerato l'istanza di sospensione ammissibile in entrambi i casi.

In merito alla prima ipotesi - prendendo posizione in controtendenza rispetto alla Corte Costituzionale²⁴ ma in linea con parte della dottrina²⁵ - il giudice, rispondendo all'istanza di messa alla prova presentata nella prima udienza utile dopo l'entrata in vigore della l. 67/2014, ha disposto la rimessione in termini ex art. 175 c.p.p., individuando nella precedente assenza della normativa relativa alla messa alla prova una causa di forza maggiore (c.d. *factum principis*).

In merito, poi, alla messa alla prova parziale, ha ritenuto ammissibile tale istanza, ponendosi anche in tal caso in controtendenza rispetto alla giurisprudenza di legittimità²⁶ ma godendo di ampio favore da parte della dottrina²⁷.

Infine, il Tribunale milanese non ha aderito all'ipotesi avanzata da parte della dottrina²⁸, secondo la quale l'aver beneficiato della messa alla prova minorile ex art. 28 D.P.R. 488/88 fosse elemento ostativo rispetto all'ammissibilità della richiesta di sospensione, stante il divieto di concessione della misura per più di una volta ex co. quarto dell'art. 168 bis c.p.: di conseguenza, un imputato adulto che da minorenni ha beneficiato della messa alla prova ex art. 28 D.P.R. 488/88 può legittimamente richiedere la sospensione del procedimento ex art. 464 bis c.p.p.

4. La richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova.

l'ammissibilità della messa alla prova "parziale" in nome della rieducazione "totale" del richiedente, in Diritto penale contemporaneo, 2015; O. Murro, Le criticità della richiesta "parziale" di messa alla prova: oscillazioni giurisprudenziali, in Archivio penale, 2015, fasc. II (web).

²⁴ Corte Costituzionale n. 240 del 26 novembre 2015.

²⁵ R. Muzzica, *Sospensione del processo con messa alla prova e "materia penale": tra Corte EDU e Corte Costituzionale nuovi scenari pro-reo sul versante intertemporale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, fasc. IV, p. 1432.

²⁶ Cassazione penale, Sezione seconda, n. 14112 del 12 marzo 2015, *DeJure*; Cassazione penale, Sezione quinta, n. 7980 del 26 ottobre 2015, *DeJure*; Cassazione penale, Sez. quarta, n. 14 del 30 novembre 2017, *DeJure*.

²⁷ J. Della Torre, *La Cassazione nega l'ammissibilità della messa alla prova "parziale" in nome della rieducazione "totale" del richiedente*, cit., pag. 3; O. Murro, *Le criticità della richiesta "parziale" di messa alla prova: oscillazioni giurisprudenziali*, cit., p. 7; R. Bartoli, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 22015; C. Conti, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in *Giurisprudenza Italiana, Gli speciali, Sistema sanzionatorio*, 2015, p. 23.

²⁸ V. Bove, *Messa alla prova, a poco più di anno: quali, ancora, le criticità?*, cit., p. 9.

L'iter definito dalle linee guida per la presentazione dell'istanza di sospensione prevede, alternate, due fasi davanti all'UEPE e altre due innanzi al giudice procedente.

La prima fase consiste nella presentazione della domanda di trattamento in originale presso l'UEPE individuato sulla base del domicilio dell'imputato. La domanda deve essere corredata dalla dichiarazione di disponibilità dell'ente presso cui svolgere il lavoro di pubblica utilità - potendosi trattare anche di un ente non convenzionato - e dalla documentazione indicata nello schema generale di programma. L'Ufficio rilascia un'attestazione che certifica l'avvenuta presentazione della richiesta (punti 1-2 delle Linee Guida).

Attraverso il deposito in udienza dell'attestazione viene formulata una formale richiesta di sospensione (punto 3 L.G.). Il giudice - potendo anche riqualificare il fatto di reato al fine di renderlo idoneo rispetto ai limiti oggettivi *ex art. 168 bis c.p.*²⁹ - se ritiene di fornire risposta positiva in tale deliberazione preventiva, fissa una nuova udienza tre-quattro mesi dopo, disponendo contestualmente la sospensione del corso della prescrizione *ex art. 159 co. primo cpv 3) c.p.* (punto 4 L.G.).

Dopo la comunicazione della deliberazione a cura del difensore (punto 5 L.G.), l'UEPE redige il piano di trattamento (punto 6 L.G.). Il prototipo di programma di trattamento è stato definito sulla falsariga del programma relativo all'istituto *ex art. 47 l. 354/75*, calibrandone, però, i contenuti al fine di non prevedere il medesimo trattamento per il condannato affidato in prova e l'imputato messo alla prova: ad esempio, è stata esclusa la possibilità di prevedere prescrizioni orarie o limitazioni alla circolazione nel territorio. Tale diversa impostazione dei programmi ha comportato la necessità di un cambiamento metodologico da parte degli operatori dell'UEPE: a tal fine, sono stati predisposti corsi di formazione per il personale interni all'UEPE lombardo e, successivamente, a livello centralizzato da parte del Ministero della Giustizia.

Nonostante l'introduzione dei Nuclei di Polizia penitenziaria presso gli Uffici di esecuzione penale esterna³⁰, non è stato, invece, valutato opportuno avvalersi della collaborazione della polizia giudiziaria. In particolare, si è ritenuto che la relazione con le forze dell'ordine potesse determinare confusione tra le

²⁹ Anche su questo punto il Tribunale milanese ha rappresentato un'avanguardia della giurisprudenza di legittimità: v. nota 8.

³⁰ Decreto del Ministero della Giustizia del 1° dicembre 2017 *“Misure per l'organizzazione del personale del Corpo di Polizia Penitenziaria negli Uffici di esecuzione penale esterna, nonché per l'individuazione dei compiti e per la selezione del medesimo personale.”*, pubblicato il 15 febbraio 2018 nel Bollettino ufficiale del Ministero della Giustizia n. 1/18.

differenti figure del condannato e dell'imputato e, di conseguenza, condurre a sconvenienti effetti di stigma sociale.

Il programma viene poi definito dall'UEPE sulla base della documentazione che l'interessato ha allegato alla richiesta: nel caso in cui invece ritenga necessario integrare la documentazione, l'UEPE può richiedere al giudice l'utilizzo dei poteri di indagine previsti dall'art. 464 *bis* co. quinto c.p.p.

Redatto il programma di trattamento, l'UEPE lo trasmette al giudice, il quale può integrarlo con il consenso dell'imputato *ex art.* 464 *quater* co. quarto c.p.p. (punto 7 L.G.) oppure, se ritiene insufficiente la documentazione presentata, richiedere all'UEPE che venga condotta l'indagine socio-familiare ai sensi dell'art. 141 *ter* co. terzo disp.att. c.p.p. (punto 9 L.G.). Inoltre, previa indicazione da parte dell'UEPE dell'ente da incaricare, il giudice deve valutare l'opportunità di percorsi di mediazione³¹ (punto 8 L.G.).

Se valuta positivamente il programma, il giudice dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova, definendo sia il periodo di sospensione del procedimento sia la durata della messa alla prova, la quale può essere anche inferiore al periodo di sospensione (punto 10 L.G.). Al fine di facilitare e uniformare la definizione del periodo di sospensione, sono state articolate sei fasce di durata crescente suddivise in base al criterio della gravità del reato oggetto di imputazione: la durata massima dell'ultima fascia è stata fissata a 18 mesi in modo da permettere al giudice di disporre un'eventuale proroga della messa alla prova³² rispettando il limite di 24 mesi *ex art.* 464 *quater* co. quinto c.p.p.

Entro dieci giorni dall'udienza in cui è stata disposta la sospensione del procedimento, l'imputato deve sottoscrivere alla presenza del direttore dell'UEPE il verbale di sottoposizione alle prescrizioni definite nel programma, dando formale inizio al periodo di sospensione del procedimento (punto 11 L.G.).

Infine, nella fase di esecuzione della prova, al fine di alleggerire il carico di lavoro dell'UEPE, il Tribunale ha disposto l'omissione della relazione trimestrale sull'attività svolta e sul comportamento dell'imputato *ex art.* 141 *ter*

³¹ La scelta risulta ampiamente discutibile, in quanto pone nelle mani del giudice la decisione rispetto a un istituto caratterizzato dalla libera e volontaria partecipazione dell'imputato e della persona offesa alla risoluzione delle conseguenze derivanti dal reato. Sarebbe risultato maggiormente in linea con la natura di istituto riparativo propria della mediazione penale prevedere il semplice accoglimento da parte del giudice della disponibilità espressa dall'imputato: in tal modo, infatti, sarebbe stata valorizzata la sua libera e attiva partecipazione.

³² Per un esempio di proroga, v. l'ordinanza n. 33640/16 RGNR, emessa dal giudice Luigi Varanelli il 21 luglio 2017.

co. quarto disp.att. c.p.p.: l'Ufficio trasmetterà esclusivamente la relazione finale a conclusione del periodo di prova.

4.1. Casi particolari.

All'interno dell'ormai affermata prassi milanese, illustriamo adesso le soluzioni adottate in tre casi particolari.

Il primo caso è relativo alla richiesta di sospensione del procedimento presentata da un soggetto sottoposto a misure cautelari. In tali condizioni, risulta estremamente difficile definire un programma di trattamento - in particolare in relazione al lavoro di pubblica utilità - in quanto per poter adempiere alle prescrizioni è necessario che il soggetto non sia sottoposto a limitazioni fisiche³³.

Al fine di risolvere la *quaestio*, la prassi milanese³⁴ ha definito il seguente procedimento: l'imputato presenta all'UEPE domanda di trattamento e, successivamente, deposita l'attestazione dell'avvenuta presentazione della domanda presso il giudice, facendo presente la propria situazione di soggetto sottoposto a misure cautelari. Nella successiva ordinanza il giudice si pronuncia sia sull'ammissibilità della richiesta che sull'ipotesi di revoca della misura cautelare in caso di messa alla prova: se entrambe le valutazioni hanno ottenuto esito positivo, l'UEPE avvia la redazione del programma di trattamento. Infine, il giudice, con la medesima ordinanza con la quale accoglie la richiesta di sospensione del procedimento, revoca la misura cautelare.

Un'ordinanza del Tribunale di Milano³⁵ si è, inoltre, espressa su un caso speculare: un imputato che in fase di prova sia stato posto agli arresti domiciliari. Il giudice del dibattimento ha risolto l'*impasse* con un'ordinanza ampiamente motivata, mettendo in evidenza che il mutamento dello *status libertatis* dell'imputato richiedesse necessariamente una rivalutazione nel merito della sospensione del procedimento con messa alla prova. Le ipotesi di soluzione prospettate dal giudice sono state due: la revoca dell'ordinanza di sospensione in virtù dell'art. 168 *quater* cpv 2) c.p. oppure una modifica delle prescrizioni originarie ai sensi dell'art. 464 *quinquies* co. terzo c.p.p.

In merito alla prima ipotesi, il giudice del dibattimento ne argomenta l'illegittimità. Disporre, infatti, la revoca dell'ordinanza sulla base dell'art. 168 *quater* cpv 2) c.p. significherebbe porre sul medesimo piano la pronuncia di

³³ L. Pulito, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale?*, cit., p. 104.

³⁴ Ordinanza del giudice Mauro Gallina n. 4995/2015 RGNR del 20 aprile 2016.

³⁵ Ordinanza del giudice Mauro Gallina n. 48225/2014 RGNR del 20 aprile 2016.

colpevolezza *ex art. 533 c.p.p.* - indicata come necessaria per disporre la revoca dell'ordinanza - e la presenza di gravi indizi di colpevolezza, richiesti dall'art. 273 c.p.p. per disporre la misura cautelare. Si tratta di una scelta che contrasterebbe sia con il divieto di analogia *in malam partem ex art. 25 co. 2 Cost.*, sia con il principio di non colpevolezza *ex art. 27 co. 2 Cost.* Inoltre, il giudice ha evidenziato che, mentre la misura cautelare costituisce un provvedimento provvisorio e strumentale rispetto a una pronuncia di merito, la revoca, in virtù del divieto di riproposizione della richiesta di sospensione *ex art. 464 novies c.p.p.*, produce effetti definitivi sulla concessione della misura. Di conseguenza - deduce il giudice - nel caso di revoca della sospensione per sottoposizione dell'imputato ad una misura cautelare, un provvedimento provvisorio e strumentale determinerebbe effetti permanenti e preclusivi, per giunta contrari al *favor rei*.

Passando alla seconda ipotesi, l'ordinanza di modifica delle prescrizioni ai sensi dell'art. 464 *quinquies co. 3 c.p.p.* viene indicata dal giudice come strumento idoneo per permettere all'autorità giudicante un intervento atipico nel corso dell'esecuzione della prova. Tra le ipotesi non previste dal legislatore, ma regolabili tramite ordinanza *ex art. 464 quinquies co. 3 c.p.p.*, il giudice individua anche la sospensione temporanea degli effetti dell'ordinanza sospensiva con messa alla prova, funzionale ad attendere la pronuncia nel merito del procedimento per il quale l'imputato sia sottoposto a misura cautelare, evitando gli effetti preclusivi della revoca.

Pertanto, a conclusione delle elaborate argomentazioni, il giudice del dibattimento, in attesa della definizione del diverso procedimento gravante sull'imputato, sceglie di emanare un'ordinanza *ex art. 464 quinquies co. 3 c.p.p.*, al fine di ottenere una sospensione temporanea dell'esecuzione della prova.

La messa alla prova rimarrà, quindi, "congelata" fino alla pronuncia della decisione nel diverso procedimento: solo alla luce di tale esito, poi, il giudice del dibattimento si pronuncerà sull'eventuale revoca della messa alla prova.

La soluzione proposta dal giudice milanese appare condivisibile ma, alla luce delle posizioni assunte dalla giurisprudenza di legittimità nella valutazione relativa alla revoca della misura, necessita di alcuni correttivi in merito ai presupposti. Infatti, un consolidato indirizzo giurisprudenziale afferma che al fine di disporre la revoca della sospensione del procedimento *ex art. 464 octies c.p.p.* non sia necessaria una sentenza di condanna, ritenendo sufficiente che il giudice svolga una nuova valutazione prognostica sul soggetto - analoga alla

valutazione in fase di ammissione *ex art. 464 quater* co. terzo c.p.p. - alla luce degli elementi acquisiti nel nuovo procedimento³⁶.

Lo stesso principio può essere esteso alla valutazione relativa alla sospensione della messa alla prova³⁷: il giudice sarà, quindi, chiamato a pronunciarsi sulla sospensione o revoca dell'ordinanza sospensiva prescindendo dall'accertamento giudiziale del reato nel nuovo procedimento.

Infine, in merito alla violazione del principio della ragionevole durata del processo *ex art. 111 Cost.*, prospettata dalla dottrina³⁸ nell'ipotesi di sospensione temporanea del procedimento di messa alla prova in attesa dell'accertamento giurisdizionale, si tratta di eventualità da ritenere trascurabile. In ogni caso, l'osservanza del principio appare recessiva rispetto alla concessione di un'opportunità responsabilizzante per il soggetto, la quale trova il proprio fondamento costituzionale nell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.*³⁹

Un altro caso particolare affrontato dalla giustizia penale milanese riguarda la possibilità per un imputato sottoposto a misure alternative - quale ad esempio l'affidamento in prova al servizio sociale - di richiedere la messa alla prova per un altro procedimento nel quale sia imputato: anche in questo caso la richiesta è considerata ammissibile, specificando che parte delle prescrizioni contenute nel programma per la messa alla prova sono "predefinite", in quanto

³⁶ Cassazione penale, Sezione quinta, n. 28670 del 16 febbraio 2016, *DeJure*; Cassazione penale, Sez. Quarta, n. 22066 del 6 aprile 2018, *DeJure*; Cassazione penale, Sez. sesta, n. 28826 del 23 febbraio 2018 con commento di V. Ventura, *Messa alla prova. Per la revoca, in caso di un nuovo delitto, non occorre una sentenza passata in giudicato*, in *Il Penalista*, 7 settembre 2018.

³⁷ P. Felicioni, *Gli epiloghi*, in C. Conti-A. Marandola-G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova 2014, pag. 431.

³⁸ F. Nevoli, *La sospensione del procedimento e la decisione "sulla prova"*, cit., p. 165.

³⁹ La sospensione del procedimento con messa alla prova costituisce un'opportunità che l'ordinamento concede all'imputato per responsabilizzarsi rispetto alla sua condotta: l'imputato costruisce e riafferma il richiesto adempimento dei propri doveri sociali attraverso i contenuti di un programma non basato sulla passività rispetto alla sanzione bensì sul suo impegno attivo, seguito e incoraggiato dalla pubblica autorità. L'istituto in esame, quindi, persegue il medesimo scopo rieducativo attribuito alla pena *ex art. 27 Cost.* ma costituendo una risposta immediata e personalizzata al disagio espresso dalla condotta illecita e schivando, inoltre, gli effetti stigmatizzanti conseguenti alla condanna penale: in definitiva, la messa alla prova costituisce una "offerta di risocializzazione non desocializzante". Per approfondire, v. R. De Vito, *La scommessa della messa alla prova dell'adulto*, in *Questione giustizia*, 2013; F. Giunchedi, *Probation italian style: verso una giustizia riparativa*, in *Archivio penale*, 2014, fasc. III, p. 3; R. Muzzica, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, cit., p. 158; P. Troncone, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 84; V. Bonini, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, cit., p. 20, 24.

coincidono - escludendo le prescrizioni proprie di un condannato - con il programma definito per la misura alternativa.

L'ultimo caso che merita di essere esaminato riguarda la soluzione d'avanguardia adottata del Tribunale di Milano in un procedimento per il reato di abuso edilizio ex art. 44 D.P.R. 380/01: nel programma di trattamento elaborato dall'UEPE è stata prevista come condotta "*volta all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato*" la demolizione del manufatto oggetto dell'abuso edilizio⁴⁰. La previsione di tale contenuto è stata poi considerata obbligatoria, al fine di predisporre una positiva messa alla prova in relazione ai reati ex art. 44 D.P.R. 380/01, nella successiva e costante giurisprudenza della Corte di Cassazione⁴¹.

Concludendo, si segnala che il Tribunale di Milano è stato il primo a pronunciarsi sulla possibilità di applicare la sospensione del procedimento con messa alla prova entro i confini della responsabilità degli enti definiti dal d.lgs. 231/01⁴², escludendo tale possibilità ma rilevando contestualmente la particolare rilevanza del tema.

Il particolare, il giudice ha rigettato tramite ordinanza⁴³ la richiesta presentata da una società che era stata chiamata a rispondere dell'illecito amministrativo derivante dal reato di lesioni personali colpose ex art. 25 septies comma terzo d.lgs. 231/01.

Il giudice, facendo riferimento al lavoro di pubblica utilità - individuato come elemento sanzionatorio⁴⁴ - e appoggiandosi ad una pronuncia delle Sezioni Unite che dichiaravano la prevalente dimensione sostanziale nella natura

⁴⁰ Verbale di udienza n. 38811/13 RGNR del 10 giugno 2016, giudice Angela Laura Minerva.

⁴¹ Cassazione penale, Sezione terza, n. 39455 del 10 maggio 2017 con commento di A. Scarcella, *L'estinzione del reato per messa alla prova blocca la demolizione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2018, fasc. II, p. 269; Cassazione penale, Sez. terza, n. 40451 del 31 maggio 2018, *DeJure*.

⁴² Per approfondire, v. G. Fidelbo-R.A. Ruggiero, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista 231*, 2016; M. Riccardi-M. Chilosi, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, fasc. X, pp. 47-77; F. Di Muzio, *La messa alla prova nel procedimento penale degli enti. Quali prospettive?*, in *Il penalista*, 2017.

⁴³ Ordinanza del Tribunale di Milano RG. 13844/16 TRIB del 27 marzo 2017.

⁴⁴ La più recente giurisprudenza costituzionale ha esplicitamente escluso la natura sanzionatoria della prova: "*Il trattamento programmato non è infatti una sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma dà luogo a un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare con l'unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso. Si tratta di una caratteristica fondamentale, perché viene riservata alla volontà dell'imputato non soltanto la decisione sulla messa alla prova, ma anche la sua esecuzione*" (Corte Cost. n. 91/18).

ibrida dell'istituto⁴⁵, ha affermato la natura sostanziale dell'istituto della messa alla prova⁴⁶. Di conseguenza, alla luce del principio di legalità relativo *ex art. 25 comma secondo Cost.*, ha affermato l'impossibilità per l'interprete di ampliare tramite interpretazione analogica l'ambito di applicazione di una sanzione penale.

Il giudice milanese, quindi, considerando la mancanza di una normativa di raccordo che disponga esplicitamente l'applicazione della messa alla prova - individuata come pena - alla categoria degli enti e alla luce del principio di legalità, ha negato la possibilità che tale istituto sia adottabile nella sfera d'applicazione del d.lgs. 231/01, rigettando la richiesta di sospensione.

5. I dati statistici: fonti di ricerca e metodologia.

Prima di illustrare i dati relativi all'applicazione della messa alla prova presso il Tribunale di Milano, è necessario esporre le fonti e la metodologia utilizzata per la raccolta dei dati.

In primis, grazie all'autorizzazione ottenuta dal Direttore dell'UEPE di Milano Severina Panarello, è stato possibile recuperare presso detto Ufficio il numero di procedimenti di messa alla prova avviati e integralmente eseguiti negli anni 2015, 2016 e 2017. L'anno 2014 sfugge alla ricerca perché l'operazione di raccolta dei dati statistici da parte dell'UEPE è stata definita e avviata dal primo semestre del 2015. Inoltre, è necessario sottolineare che i dati indicati fanno riferimento all'intera area di competenza dell'UEPE di Milano, il quale comprende i Tribunali di Milano, Lodi e Monza.

Successivamente, le ricerche sono state svolte negli uffici interni al Tribunale di Milano, grazie all'autorizzazione ottenuta dal Presidente del Tribunale Roberto Bichi.

Primariamente, ci si è rivolti all'Ufficio dell'Innovazione, il quale si occupa di gestire il progressivo processo di informatizzazione interna al Tribunale. Presso questo Ufficio è stato possibile recuperare il numero dei casi di citazione diretta a giudizio *ex art. 550 c.p.p.* e il numero di sentenze di estinzione per esito positivo della messa alla prova negli anni 2016 e 2017. Non è stato possibile recuperare il dato relativo agli anni 2014 e 2015, in quanto nel 2016 è stato abbandonato il sistema informatico usato precedentemente -

⁴⁵ Cassazione penale, Sezioni Unite, 31 marzo 2016, n. 36272, *DeJure*.

⁴⁶ La Corte Costituzionale ha costantemente affermato la natura mista dell'istituto, "*al quale va riconosciuta una dimensione processuale e, assieme, sostanziale*" (Corte Cost. n. 231/18).

rivelatosi ormai obsoleto - e, di conseguenza, i dati registrati in detto sistema non sono più recuperabili.

Il dato relativo al 2016 e 2017 risulta parziale, in quanto l'attuale sistema informatico non è ancora stato aggiornato al fine di prevedere l'inserimento dei dati relativi all'istituto in esame. Di conseguenza, sono stati considerati solo i casi di estinzione del reato nei quali un cancelliere diligente abbia indicato in nota al modulo predefinito l'esito positivo della messa alla prova come causa estintiva del reato: non si può escludere, però, la presenza di ulteriori casi tra le sentenze di estinzione in cui non risulti specificata la causa estintiva.

Invece, il numero dei casi di citazione diretta a giudizio *ex art. 550 c.p.p.* è stato indicato come riferimento parziale di casi suscettibili di applicazione della messa alla prova, in quanto i limiti edittali indicati nell'*art. 550 c.p.p.* corrispondono a quelli *ex art. 168 bis c.p.*: da tale numero è però necessario sottrarre virtualmente i procedimenti nei confronti dei delinquenti qualificati *ex artt. 102 c.p. e ss.*, i quali non possono beneficiare della messa alla prova ai sensi dell'*art. 168 bis c.p.*

L'ultima fonte consultata è stata l'archivio provvisorio dell'Ufficio recupero crediti, presso il quale sono archiviate le ordinanze di sospensione del procedimento con messa alla prova. Nei trentacinque faldoni dedicati alle ordinanze di sospensione del procedimento *ex artt. 420 quater e 464 bis c.p.p.*, è stato possibile consultare ogni singola ordinanza di sospensione con messa alla prova emessa negli anni 2014, 2015, 2016, 2017 e 2018: è necessario sottolineare, però, che le operazioni di archiviazione di dette ordinanze sono state intraprese nel 2015 e, di conseguenza, il dato relativo alle ordinanze emesse nel 2014 risulta parziale.

Attraverso la consultazione delle ordinanze è stato esaminato il profilo oggettivo dei procedimenti sospesi. Non è stato invece possibile approfondire il profilo soggettivo degli imputati e il contenuto di ogni singolo programma di trattamento. Nella maggior parte delle ordinanze di sospensione risultano indicati solo i dati anagrafici dei soggetti coinvolti mentre, in relazione al programma di trattamento, è previsto solo un rinvio diretto alle prescrizioni contenute nel programma: copia di tale documento non risulta, però, allegata all'ordinanza archiviata.

Risulta necessario quanto onesto, infine, valutare un certo margine di errore per difetto in relazione ai dati che verranno indicati: di fatto, avendo svolto suddette ricerche in solitaria, bisogna considerare la sicura presenza dell'errore umano.

6. I dati dell'Ufficio di esecuzione penale esterna di Milano.

Il primo dato raccolto nell'UEPE di Milano - relativo alle aree di competenza dei tribunali di Milano, Lodi e Monza - si riferisce alle richieste di elaborazione del programma di trattamento ricevute: nel 2015 sono state presentate 1790 richieste; nel 2016 il numero è salito a 2223; infine, nel 2017 sono state registrate 2772 richieste di programma.

All'interno di tali richieste, nel 2015 sono stati elaborati 839 programmi di trattamento; nel 2016 1454 programmi e nel 2017 1864 programmi.

La distanza presente tra il primo e il secondo dato riguardanti il medesimo periodo di riferimento è motivata dalla somma del numero di richieste di procedimento considerate non ammissibili da parte del giudice più le richieste a cui non è stato dato corso per scelta dell'imputato.

tabella 1.

	Richieste m.a.p. ricevute	Programmi elaborati
2015	1790	839
2016	2223	1454
2017	2772	1864

7. I dati del Tribunale di Milano.

Passando all'esposizione dei dati frutto delle ricerche presso il Tribunale di Milano, indichiamo *in primis* il numero di procedimenti di citazione diretta a giudizio *ex art.* 550 c.p.p. nel periodo 2016-2017: nel 2016 ci sono state 5576 citazioni dirette a giudizio, cresciute poi a 6006 nel 2017.

Per quanto riguarda i procedimenti di messa alla prova, dalla data di entrata in vigore dell'istituto fino al 31 dicembre 2017 sono state emesse 1393 ordinanze di sospensione con messa alla prova.

Nello specifico, sono state emesse 56 ordinanze nel 2014; 285 ordinanze nel 2015; 294 nel 2016; e 758 nel 2017.

Le ordinanze sono state emesse prevalentemente in procedimenti di citazione diretta a giudizio *ex art.* 550 c.p.p. Nelle sottostanti tabelle si può osservare più dettagliatamente la suddivisione delle ordinanze di sospensione nei diversi anni e procedimenti.

tabella 2.

2014

Durante le indagini preliminari	/
In fase pre-dibattimentale	5
Direttissimo	9
Citazione diretta a giudizio	36
Opposizione a decreto penale	5
Immediato	1
2015	
Durante le indagini preliminari	3
In fase pre-dibattimentale	15
Direttissimo	36
Citazione diretta a giudizio	181
Opposizione a decreto penale	43
Immediato	7
2016	
Durante le indagini preliminari	3
In fase pre-dibattimentale	7
Direttissimo	44
Citazione diretta a giudizio	204
Opposizione a decreto penale	36
Immediato	/
2017	
Durante le indagini preliminari	3
In fase pre-dibattimentale	19
Direttissimo	84
Citazione diretta a giudizio	519
Opposizione a decreto penale	125
Immediato	8
TOTALE (in ordine decrescente)	
Citazione diretta a giudizio	940
Opposizione a decreto penale	209
Direttissimo	173
In fase pre-dibattimentale	46
Immediato	16
Durante le indagini preliminari	9

Per quanto riguarda, invece, i reati presenti nelle imputazioni dei procedimenti sospesi, al fine di trovare un equilibrio tra analiticità della ricerca e un'utile visione d'insieme, i reati sono stati suddivisi in categorie. In particolare, in

relazione alle fattispecie contenute nel Codice penale è stato fatto riferimento ai singoli Capi; i reati previsti nella normativa extra-codicistica, invece, sono stati suddivisi in base al singolo atto legislativo o per omogeneità della materia oggetto della tutela penale.

La tabella sottostante definisce quali reati sono stati inclusi in ogni singola categoria. Sottolineiamo che, per evitare l'eccessiva frammentazione dei dati, il reato aggravato o tentato non è stato indicato diversamente dal reato base.

tabella 3.

<i>Dei delitti contro la personalità internazionale dello Stato</i>	art. 256		Codice delle leggi anti-mafia (d.lgs. 159/11)	art. 75 art. 76
<i>Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.</i>	art. 316 ter art. 323	art. 334 art. 335	Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 196/03)	art. 167
<i>Dei delitti dei privati contro la P.A.</i>	art. 336 art. 337 art. 340	art. 341 bis art. 348 art. 349	Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande (l. 683/62)	art. 5 art. 6
<i>Dei delitti contro l'attività giudiziaria</i>	art. 367 art. 369	art. 370 art. 378	Disciplina relativa agli assegni bancari (l. 386/90)	art. 7
<i>Dei delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie</i>	art. 385 art. 388		Disposizioni in materia previdenziale	l. 689/81: art. 37 d.l. 463/83: art. 2 l. 638/83: art. 2
<i>Della tutela arbitraria delle</i>	art. 393		Disposizioni per il controllo delle	l. 895/67:

private ragioni			armi, munizioni ed esplosivi		art. 2 l. 110/75: art. 4	
Dei delitti di comune pericolo mediante violenza			art. 424	Disposizioni relative a separazione, divorzio e affidamento dei figli	l. 898/70: art. 12 sexies l. 54/06: art. 3	
Dei delitti di comune pericolo mediante frode			art. 443	Disposizioni relative alle funzioni ed ai compiti del Corpo nazionale dei vigili del fuoco (d.lgs. 139/06)	art. 20	
Della falsità in sigilli o strumenti o segni di autenticazione, certificazione o riconoscimento			art. 469 art. 472 art. 474	Legge sul procedimento amministrativo (l. 241/90)	art. 21	
Della falsità in atti			art. 476 art. 477 art. 481 art. 482	art. 483 art. 485 art. 486 art. 489	Legge sulla stampa (l. 47/48)	art. 5 art. 16
Della falsità personale			art. 494 art. 495 art. 497 bis	Ordinamento della pubblica sicurezza (l. 121/81)	art. 12	
Dei delitti contro l'industria e il commercio			art. 515 art. 517 art. 517 quater	Reati fallimentari (R.D. 267/42)	art. 217 art. 222 art. 224	
Delle offese al pudore e all'onore sessuale			art. 527	Reati nel settore del giuoco (l. 401/89)	art. 4 art. 6 art. 6 bis	art. 6 ter art. 6 quater
Dei delitti contro			art. 544	Reati stradali	art. 100	art. 186

<i>il sentimento per gli animali</i>			(d.lgs. 285/92)	art. 116 art. 185 art. 186	<i>bis</i> art. 187 art. 189
<i>Dei delitti contro l'assistenza familiare</i>	art. 570 art. 571	art. 572 art. 574 <i>bis</i>	Reati tributari (d.lgs. 74/00)	art. 2 art. 4 art. 5	art. 10 art. 10 <i>ter</i> art. 10 <i>quater</i>
<i>Dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale</i>	art. 581 art. 582 art. 586 art. 588	art. 590 art. 590 <i>ter</i> art. 591 art. 593	Repressione della falsa attribuzione di lavori altrui da parte di aspiranti al conferimento di lauree, diplomi, uffici, titoli e dignità pubbliche (R.D. 475/25)	art. 1	
<i>Dei delitti contro l'onore</i>	art. 594 art. 595		T.U. in materia ambientale (d.lgs. 152/06)	art. 137 art. 212	art. 256 art. 257
<i>Dei delitti contro la libertà individuale</i>	art. 600 art. 600 <i>ter</i> art. 600 <i>quater</i> art. 609 art. 610 art. 612	art. 614 art. 615 art. 615 <i>bis</i> art. 615 <i>ter</i> art. 615 <i>quater</i> art. 616	T.U. in materia edilizia (d.p.r. 380/01)	art. 31 art. 44	
<i>Dei delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone</i>	art. 624 art. 624 <i>bis</i> art. 626	art. 633 art. 635 art. 639	T.U. leggi di pubblica sicurezza (R.D. 773/31)	art. 18 art. 55 art. 109	
<i>Dei delitti contro il patrimonio mediante frode</i>	art. 640 art. 640 <i>ter</i> art. 642	art. 646 art. 648	T.U. sull'immigrazion e (d.lgs. 286/98)	art. 5 art. 12	art. 13 art. 22

<i>Delle contravvenzioni concernenti la polizia di sicurezza</i>	art. 650 art. 651 art. 660 art. 681 art. 695	art. 697 art. 699 art. 703 art. 707	T.U. sulla documentazione amministrativa (D.P.R. 445/00)	art. 76
<i>Delle contravvenzioni concernenti la polizia amministrativa sociale</i>	art. 734		T.U. sulla droga (d.p.r. 309/90)	art. 73
Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 42/04)	art. 181		Tutela della salute e sicurezza sul lavoro (d.lgs. 81/08)	art. 29 art. 37 art. 71 art. 136 art. 159
Codice del consumo (d.lgs. 206/05)	art. 112		Vendita medicinali (d.lgs. 219/06)	art. 147

Esponiamo adesso il numero di procedimenti di messa alla prova per ogni categoria di reato, al fine di evidenziare per quali reati sia stata maggiormente concessa tale misura. Il numero complessivo dei reati è superiore al numero di procedimenti sospesi in quanto - in numerosi casi - l'imputazione comprendeva più reati.

tabella 4.

Reati stradali (d.l. 285/92)	634
dei delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone	162
dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale	134
della falsità in atti	120
TU sulla droga (d.P.R. 309/90)	117
dei delitti contro il patrimonio mediante frode	110
dei delitti dei privati contro la PA	95
dei delitti contro la libertà individuale	59
TU ambiente (d.lgs. 152/06)	25
dei delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie	23
Disposizioni in materia previdenziale	23

delle contravvenzioni concernenti la polizia di sicurezza	22
Reati tributari (d.lgs. 74/00)	22
Controllo delle armi, munizioni ed esplosivi	21
TU sull'immigrazione (dlgs. 286/98)	21
Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande (l. 683/62)	20
Disposizioni relative a separazione, divorzio e affidamento dei figli	20
Reati nel settore del giuoco (l. 401/1989)	15
dei delitti contro l'attività giudiziaria	13
dei delitti contro l'assistenza familiare	12
della falsità personale	12
Tutela della salute e sicurezza sul lavoro (dlgs. 81/08)	12
dei delitti contro l'industria e il commercio	11
dei delitti dei pubblici ufficiali contro la PA	8
della falsità in sigilli o strumenti o segni di autenticazione ecc.	7
TU in materia edilizia (dpr. 380/01)	7
dei delitti di comune pericolo mediante frode	6
Reati fallimentari (RD. 267/42)	6
TU sulla documentazione amministrativa (DPR. 445/00)	6
Codice delle leggi anti-mafia (dlgs. 159/11)	5
dei delitti contro l'onore	5
dei delitti contro la personalità internazionale dello Stato	4
Disposizioni relative alle funzioni ed ai compiti del Corpo nazionale dei vigili del fuoco (d.lgs. 139/06)	4
TU leggi di pubblica sicurezza	4
Codice dei beni culturali e del paesaggio (dlgs. 42/04)	3
Codice in materia di protezione dei dati personali (dlgs. 196/03)	3
delle offese al pudore e all'onore sessuale	3
Vendita dei medicinali (dlgs. 219/06)	3
dei delitti di comune pericolo mediante violenza	2
Legge sul procedimento amministrativo (l. 241/90)	2
Legge sulla stampa (l. 47/48)	2
Codice del consumo (dlgs. 206/05)	1
dei delitti contro il sentimento per gli animali	1
della tutela arbitraria delle private ragioni	1
delle contravvenzioni concernenti la polizia amministrativa sociale	1
Disciplina relativa agli assegni bancari (l. 386/90)	1
Ordinamento della pubblica sicurezza (l. 121/81)	1

Repressione della falsa attribuzione di lavori altrui ecc. (l. 475/25)	1
--	----------

All'interno delle imputazioni suddette si segnalano: 201 imputazioni per concorso di persone nel reato *ex art. 110 c.p.*; 28 imputazioni per concorso formale di reati *ex art. 81 c.p.* e 115 imputazioni per reato continuato *ex art. 81 cpv c.p.*

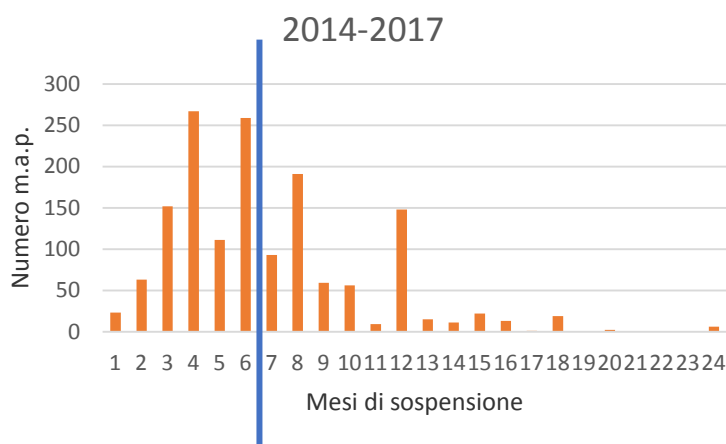
Rispetto alle 1393 ordinanze di sospensione del procedimento, ci sono state solo 16 ordinanze di revoca della messa alla prova: due nel 2016 e 14 nel 2017.

tabella 5.

2016	TU sulla droga (dpr. 309/90)	2017	dei delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone
2016	Reati stradali (dl. 285/92)	2017	dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale
2017	dei delitti contro l'assistenza familiare	2017	dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale
2017	TU sulla droga (dpr. 309/90)	2017	dei delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie
2017	TU sulla droga (dpr. 309/90)	2017	dei delitti dei privati contro la PA
2017	Controllo delle armi, munizioni ed esplosivi	2017	della falsità in atti
2017	dei delitti contro il patrimonio mediante frode	2017	Reati stradali (dl. 285/92)
2017	dei delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone	2017	Reati stradali (dl. 285/92)

Nel 2017 è stata emessa l'unica ordinanza di proroga relativa al quadriennio 2014-2017⁴⁷. In tale procedimento, l'imputato - durante la fase di messa alla prova - aveva richiesto e ottenuto il trasferimento dall'originario luogo di svolgimento del lavoro di pubblica utilità all'area di competenza del Comune di Milano: nelle more del trasferimento presso Milano e dell'individuazione di un nuovo ente, era stata disposta la sospensione del lavoro di pubblica utilità. Al fine di recuperare il periodo di sospensione del lavoro, il giudice ha rideterminato il periodo residuo, prorogando la durata della messa alla prova. Nel medesimo anno ci sono stati due casi di esito negativo della messa alla prova, entrambi relativi a reati stradali *ex art.* 186 dl. 285/92. In particolare, in uno dei due casi⁴⁸, l'imputato aveva svolto correttamente e integralmente il lavoro di pubblica utilità, ma non aveva rispettato le prescrizioni relative all'impegno terapeutico e riabilitativo per la dipendenza da alcool: il giudice ha ritenuto che tale comportamento conducesse ad una prognosi negativa rispetto a futuri comportamenti criminosi e, di conseguenza, ha dichiarato l'esito negativo della prova.

Rispetto alle istanze di messa alla prova ammesse, nel quadriennio 2014-2017 la durata media di sospensione del procedimento si attesta su 6,8 mesi.



Infine, indichiamo i dati sulle sentenze di estinzione del reato per esito positivo della prova: nel 2016 ci sono state 485 sentenze di estinzione, di cui 105 emesse dal GIP e 380 dal giudice dal dibattimento; nel 2017 ci sono state 432 sentenze, di cui 49 provenienti dal GIP e 383 dal giudice del dibattimento.

7.1. I dati relativi al 2018: una crescita costante.

⁴⁷ Ordinanza del giudice Luigi Varanelli n. 33640/16 RGNR del 21 luglio 2017.

⁴⁸ Ordinanza del giudice Luigi Iannelli n. 2966/16 RGTRIB. del 20 giugno 2017.

I dati raccolti presso il Tribunale di Milano relativi all'anno 2018 sono stati separati da quelli relativi al quadriennio 2014-2017 in quanto presentano talune peculiarità tecniche.

Il dato numerico indicato non si riferisce alle ordinanze di sospensione del procedimento emesse nel periodo di riferimento, bensì alle ordinanze emesse e registrate presso l'archivio provvisorio dell'Ufficio recupero crediti alla data del 14 marzo 2018: di conseguenza, è un dato estremamente parziale e in costante aumento⁴⁹ in quanto - per evidenti motivi tecnici - un certo periodo separa la data di emissione dell'ordinanza dalla sua effettiva archiviazione. In ogni caso, risulta interessante indicare tali dati, al fine di poter prospettare l'effettiva applicazione della messa alla prova nel periodo più recente.

Focalizzandoci sul dato numerico, alla data del 14 marzo 2018 sono state emesse e registrate 137 ordinanze di sospensione del procedimento con messa alla prova.

Non ci sono state ordinanze di proroga della durata della messa alla prova, ma sono state emesse 3 ordinanze di revoca.

2018	TU sulla droga (dpr. 309/90)
2018	dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale
2017	Reati stradali (dl. 285/92)

Infine, non è stato possibile individuare il dato numerico delle sentenze di estinzione del reato per esito positivo della prova emesse al 14 marzo 2018, in quanto il dato non era ancora stato elaborato dall'Ufficio dell'Innovazione.

8. Considerazioni.

Alla luce dei dati suesposti, è possibile svolgere alcune osservazioni.

In primis, le linee guida milanesi - stilate sulla falsariga delle precedenti linee guida per l'esecuzione dell'istituto ex art. 186 co. 9 bis C.d.S. e, inoltre, dagli stessi soggetti⁵⁰ - hanno definito un sistema di applicazione dell'istituto

⁴⁹ Per confermare ulteriormente l'incremento costante del dato è sufficiente riferire che, nel momento in cui chi scrive aveva appena concluso il recupero dei dati relativi alle ordinanze archiviate a quella data, l'impiegato seduto nella scrivania accanto alla sua si apprestava a registrare le nuove ordinanze giunte presso l'Ufficio.

⁵⁰ V. Bove, *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 5: l'A. lamenta l'adozione di linee guida senza una previa esperienza pratica della loro applicazione. Nel caso milanese, nonostante siano note le

efficiente, smentendo le perplessità espresse da parte della dottrina sul successo nella gestione da parte dei soggetti del procedimento penale - in particolare i già saturi di lavoro Uffici di esecuzione penale esterna⁵¹ - di tale impegnativo quanto innovativo istituto.

Attraverso l'esame della prassi e della giurisprudenza di merito, si può osservare che il Tribunale milanese ha valorizzato la natura della messa alla prova come istituto special-preventivo finalizzato alla responsabilizzazione del soggetto, evitando cedimenti verso l'automatismo nell'ammissione alla prova, proprio di un'interpretazione premiale dell'istituto⁵². Da questo punto di vista, l'estensione dell'area di applicabilità - attraverso il favore espresso alla messa alla prova parziale, all'applicazione retroattiva⁵³ e nei confronti di soggetti sottoposti a misure cautelari - porta a una maggiore centralità della discrezionalità valutativa del giudice⁵⁴ - prevalentemente in fase di ammissione - e, di conseguenza, alla possibilità per più soggetti di accedere alla misura responsabilizzante⁵⁵.

La mancanza di automatismi nella fase di delibazione preventiva emerge, inoltre, attraverso il dato delle richieste di messa alla prova considerate ammissibili: nel 2015, è stato considerato ammissibile solo il 47% delle richieste; nel 2016 la percentuale è del 65%, nel 2017 è aumentata fino al 67%. Purtroppo, il giudice non è chiamato a motivare la propria decisione in tale fase e non possiamo, quindi, approfondire i criteri valutativi adottati. Però, alla luce dei semplici dati statistici, i quali indicano la sussistenza di una quota importante - seppur in costante riduzione - di richieste rigettate, si può comunque evidenziare che tale fase non consiste in una mera approvazione dell'istanza presentata - in tal caso, infatti, avremmo una percentuale di richieste ammesse vicina al 100% - bensì in un effettivo filtro di ammissibilità. Colpisce, poi, il numero particolarmente esiguo di sospensioni disposte nella fase delle indagini preliminari - elemento distintivo dell'istituto rispetto alla

distanze tra l'istituto ex artt. 168 bis c.p. e 186 co. 9 bis C.d.S. (cfr. Cassazione penale, Sez. IV, n. 29639 del 23 giugno 2016, *DeJure*), l'esperienza nell'applicazione di tale sanzione ha contribuito alla definizione di linee guida efficienti per la messa alla prova.

⁵¹ L. Pulito, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale?*, cit., p. 108.

⁵² J. Della Torre, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*, cit., p. 1488.

⁵³ R. Bartoli, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 2015, p. 4.

⁵⁴ R. Bartoli, *Le recenti questioni applicative in tema di messa alla prova dell'adulto*, cit., p. 8.

⁵⁵ C. Conti, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 68 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, cit., p. 15.

messa alla prova minorile - nonostante il particolare favore dimostrato dal legislatore che ha disposto il potere del PM di avvisare l'imputato della possibilità di richiedere la sospensione del procedimento anche prima dell'esercizio dell'azione penale⁵⁶ (art. 141 bis disp. att. c.p.p.). Si può ipotizzare che ciò sia conseguenza del fatto che l'imputato, prima di proporsi per un'attività comunque onerosa quale è la prova, preferisca attendere un sicuro rinvio a giudizio oppure che sia il giudice a prediligere il completamento delle indagini prima di pronunciarsi sull'istanza di sospensione. Inoltre, considerando che per ottenere la messa alla prova nella fase delle indagini preliminari è necessario il consenso - oltre che del giudice - del PM, è ipotizzabile che questo "doppio filtro" abbia ostacolato maggiormente l'accoglimento delle istanze in tale fase.

Focalizzando l'attenzione sul numero di ordinanze di sospensione con messa alla prova emesse, i dati raccolti segnalano che le potenzialità dell'istituto non sono ancora sfruttate a pieno. Considerando anche solo il riferimento parziale dei casi di citazione diretta a giudizio ex art. 550 c.p.p., nel 2016 solo il 5.3% dei procedimenti idonei rispetto ai criteri soggettivi e oggettivi ex art. 168 bis c.p. hanno beneficiato della messa alla prova; mentre, nel 2017, la percentuale cresce al 12.6%. Va però osservato anche il costante aumento del numero di ordinanze di sospensione emesse: tra il 2015 e il 2016 l'aumento è pari al 3%, mentre tra il 2016 e il 2017 arriva addirittura al 157%. Ancorché i dati siano parziali, si può supporre che si potrà riscontrare un ulteriore aumento delle ordinanze di sospensione pronunciate nel 2018: anche solo ipotizzando un incremento pari a 137 ordinanze per ogni bimestre, il numero totale di ordinanze emesse al 31 dicembre 2018 sarebbe di 822 ordinanze di sospensione, dato ben superiore a quello registrato nel 2017. Il cauto sviluppo dell'istituto trova probabilmente una causa nella sua scarsa appetibilità, stante la parziale coincidenza della sfera di applicabilità con istituti meno onerosi⁵⁷, come la sospensione condizionale della pena. In ogni caso, l'aumento costante del numero di ordinanze di sospensione resta un segnale incoraggiante.

Con particolare riguardo, poi, ai reati per i quali è stata maggiormente concessa la sospensione del procedimento, si evidenzia la scarsa efficacia

⁵⁶ *Ex multis*, v. M. Montagna, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in C. Conti-A. Marandola-G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova 2014, pp. 396 ss.

⁵⁷ F. Viganò, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, p. 1305.

dell'istituto sul piano della deflazione carceraria⁵⁸. Infatti, considerando le imputazioni oggetto dei procedimenti sospesi, i soggetti interessati avrebbero potuto comunque beneficiare di misure alternative - ad esempio l'affidamento in prova ai servizi sociali - non aggravando, di conseguenza, il sovraffollamento carcerario⁵⁹.

Il maggior beneficio dell'istituto si riscontra, invece, sul piano della responsabilizzazione dell'imputato⁶⁰: esso costituisce una risposta immediata⁶¹ prevalentemente nei confronti di soggetti che "inciampino" nel sistema penale ponendo in essere condotte relative a reati bagattellari che si collocano sull'orlo della depenalizzazione⁶² - non essendo quindi, come affermato da parte della dottrina⁶³, una misura alla portata esclusiva dei c.d. "colletti bianchi" - e che, diversamente dalla semplice applicazione di una sanzione, vengono chiamati in prima persona a porre in essere un programma personalizzato⁶⁴ con responsabilità e impegno individuale⁶⁵.

A tal proposito, assume particolare rilevanza il numero di ordinanze di revoca della sospensione o di ripresa del procedimento per esito negativo della prova. Il fallimento del solo 1.5% dei procedimenti di messa alla prova indica che la prova viene vissuta dall'imputato con serietà e correttezza. Il riscontro assume una rilevanza positiva ancora maggiore nei casi in cui potrebbe essere altresì concessa la sospensione condizionale della pena: infatti il soggetto, anche solo

⁵⁸ *ex multis*, v. R. Muzzica, *La sospensione del processo con messa alla prova: liquefazione postmoderna di un nobile ideale*, in C. Iasevoli (a cura di), *Politica e giustizia nella postmodernità del diritto*, Napoli 2018, pp. 267 ss.

⁵⁹ V. Bove, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?*, cit., p. 4.

⁶⁰ M. Montagna, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, cit., p. 371.

⁶¹ Cassazione penale, Sezione quinta, n. 4806 del 10 novembre 2015, *DeJure*: "In realtà, l'obiettivo che intende conseguire questa *probation* processuale è quello di offrire immediatamente all'imputato un trattamento personalizzato che ne faciliti il recupero ed eviti il danno derivante non solo dalla detenzione in un istituto di pena, ma anche dalle conseguenze sociali di essere stato comunque attinto da una decisione di condanna."

⁶² L. Barone, *I rimedi avverso il denegato probation. dalle Sezioni Unite segnali incoraggianti di implementazione dell'istituto*, in *Cassazione penale*, 2016, fasc. XII, pag. 4380.

⁶³ L. Pulito, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale?*, cit., p. 106.

⁶⁴ L. Eusebi, *Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene?*, cit., pag. 8; M.R. Parruti, *Nuove tipologie sanzionatorie e strumenti di giustizia riparativa*, cit., pag. 95.

⁶⁵ C. Cesari, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, cit., p. 546: "la misura è ontologicamente fondata sulla sua volontà di sottoporsi al programma, con un impegno che verte non genericamente sul progetto, ma sui suoi contenuti, che devono addirittura essere elaborati d'intesa tra imputato e servizi sociali e rispetto ai quali l'interessato si assume un impegno specifico".

attraverso la scelta a favore del percorso di responsabilizzazione offerto dall'ordinamento con la messa alla prova - compiuta escludendo la scelta dello strumento meramente sospensivo ex art. 163 c.p. - manifesta un'esplicita scelta riparativa.

Infine, quando sarà trascorso il tempo necessario per il consolidamento del dato, sarà opportuno approfondire la percentuale di recidiva presente tra gli utenti della sospensione del procedimento con messa alla prova, costituendo tale obiettivo risocializzante il "riferimento teleologico della misura"⁶⁶. Se anche l'istituto per gli adulti, parimenti alla messa alla prova minorile⁶⁷, mostrerà percentuali incoraggianti, ciò manifesterà l'ampia efficacia responsabilizzante della misura, segnando auspicabilmente il passo delle future riforme del nostro sistema penale.

9. Le proposte degli operatori.

Nel corso dei colloqui avuti con i diversi membri del gruppo di lavoro che ha definito le linee guida del Tribunale di Milano, sono emerse varie proposte *de iure condendo* o di semplice sviluppo della normativa utili "ad armarsi di coraggio senza arrendersi al motto *hic sunt leones*"⁶⁸.

La prima proposta riguarda la modifica dell'art. 141 *bis* disp.att. c.p.p., al fine di definire l'obbligo per il PM di avvisare l'imputato, nei casi in cui ne ricorrano i presupposti, che ha la facoltà di presentare richiesta di sospensione con messa alla prova e degli effetti estintivi del reato in caso di esito positivo della prova. Una riforma in tal senso appare particolarmente utile per incoraggiare la diffusione dell'istituto, facilitando ulteriormente l'incontro tra l'imputato e il percorso responsabilizzante della messa alla prova.

La seconda proposta propone di ampliare l'area di applicazione dell'istituto eliminando i limiti oggettivi e soggettivi ex art. 168 *bis* c.p. e individuando nella valutazione del giudice ex art. 464 *quater* c.p.p. l'unico filtro di

⁶⁶ Ivi, p. 522.

⁶⁷ Report "La sospensione del processo e messa alla prova (art. 28 D.P.R. 448/88) - Anno 2016" pubblicato dal Servizio statistica del Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità - Ministero della Giustizia, il 25 maggio 2017, disponibile sul sito www.centrostudinisida.it/Statistica/: il tasso di recidiva tra i minorenni autori di reato che hanno beneficiato della messa alla prova - in un periodo di osservazione di 72 mesi - è più basso dell'11% rispetto ai minori che non hanno beneficiato dell'istituto (20% a 31%). v. A. Mestitz, *Messa alla prova: tra innovazione e routine*, Roma 2007, pp. 39 ss.; M. Colamussi-A. Mestitz, *Devianza minorile e recidiva. Prosciogliere, punire o responsabilizzare?*, Milano 2012, pp. 84 ss.

⁶⁸ C. Conti, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 68 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, cit., p. 30.

ammissibilità all'istituto, similmente all'omonimo presente nell'istituto minorile. Tale riforma, però, sembra essere eccessivamente audace, non facendo i conti con le differenze presenti nell'ambito minorile rispetto a quello per gli adulti. Le esigue risorse disponibili si potrebbero trovare ad affrontare uno "tsunami" di richieste di messa alla prova: è sufficiente segnalare come mero esempio che alla fine del 2017 il numero dei procedimenti penali pendenti davanti al Tribunale per i minorenni era pari a 38.890; nel medesimo periodo di riferimento, davanti al Tribunale ordinario pendevano 1.165.339 procedimenti⁶⁹. Come riuscire a gestire efficacemente un procedimento come la messa alla prova - caratterizzato da valutazioni discrezionali del giudice, definizione di un programma personalizzato e accompagnamento personale - davanti a numeri di questo valore?

La terza, condivisibile, proposta suggerisce la previsione di un corso di formazione obbligatorio per i giudici sul tema della messa alla prova, funzionale a rendere maggiormente familiare l'istituto tra le fila dei magistrati, escludendo, inoltre, eventuali resistenze che potrebbero essere residue nei confronti di questa nuova risposta al reato.

La principale frontiera di sviluppo dell'istituto viene individuata in relazione alla prescrizione del lavoro di pubblica utilità. Si ritiene necessario sia diffondere la conoscenza dell'istituto tra i soggetti privati - i quali potrebbero prestare la propria disponibilità rispetto allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità - sia intensificare l'utilizzo di soggetti messi alla prova nei servizi della Pubblica Amministrazione: detta ipotesi viene considerata particolarmente significativa al fine di manifestare ancor più chiaramente la funzione di responsabilizzazione sociale perseguita dal soggetto attraverso l'esecuzione della prova.

Congiuntamente, poi, a tali suggerimenti provenienti dagli operatori, è auspicabile - come suggerito da parte della dottrina⁷⁰ - un intervento del legislatore nella direzione indicata dalle più recenti pronunce della Corte Costituzionale⁷¹, la quale dimostra costante favore rispetto alla messa alla

⁶⁹ Dati disponibili sul sito del Ministero della Giustizia, area statistiche: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.page

⁷⁰ A. Zappulla, *La prima (ma non ultima) pronuncia d'incostituzionalità in tema di modifica dell'imputazione e messa alla prova*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, fasc. X, p. 255; L. Parlato, *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, pp. 113 ss.

⁷¹ Il d.lgs. 122/2018 rappresenta un esempio virtuoso in tal senso: il legislatore, infatti, ha disposto l'esclusione della menzione nel certificato del casellario giudiziale dei provvedimenti concernenti la messa alla prova, anticipando in tal modo la successiva pronuncia di incostituzionalità della normativa pre-riforma intervenuta con la sentenza n. 231/2018.

prova. In particolare, risulta necessaria una definizione chiara dei punti più vulnerabili dell'istituto, rispetto ai quali la Corte è finora riuscita a “parare ogni colpo”⁷² surrogando il legislatore: la sussistenza o meno di un accertamento della responsabilità dell'imputato rispetto al fatto di reato e l'effettiva natura dell'istituto.

In conclusione, si può affermare con certezza la necessità di puntare su una maggiore diffusione culturale delle informazioni relative al funzionamento e all'efficacia della messa alla prova⁷³: condividendo il parere espresso dagli operatori del Tribunale di Milano, solo un lavoro formativo/culturale funzionale a radicare l'istituto in profondità nel tessuto giuridico-sociale - promuovendo la formazione di giudici e avvocati sulle modalità applicative dell'istituto; la conoscenza dell'esistenza e degli effetti della misura tra gli imputati; l'ampliamento dell'offerta di luoghi dove svolgere lavoro di pubblica utilità nel settore pubblico - potrà garantire un'ampia e proficua diffusione di tale occasione responsabilizzante per l'imputato.

Abstract. The Court of Milan is a model in the implementation of the suspension of the trial procedure for adults. In this article the A., after a short description of the institution's legislation, illustrates the Milanese guidelines, paying specific attention to some particular cases. Then the A. explains the data on implementation of the suspension of the trial procedure in Milan's Court covering 2014-2018, making some observations about the institution's vitality. Finally, the A., in light of suggestions made by interviewed judges, lawyers and social workers, suggests some lines of development for suspension of the trial procedure into the national legal system.

Keywords. Suspension of the trial procedure; probation; diversion; criminal trial; guidelines; extinguishing of an offence.

⁷² L. Parlato, *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure*, cit., p. 113.

⁷³ Ad analoghe conclusioni, seppur da una prospettiva criminologica, giunge l'interessante lavoro di O. Binik-R. Cornelli-M. Dova-A. Zamburlini, *La messa alla prova per adulti nel territorio di Milano. Analisi dell'applicazione di una misura innovativa nel panorama sanzionatorio italiano*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 2018, fasc. I, pp. 30 ss.

Barbara Troncarelli

*Professore ordinario di Informatica giuridica, Università degli Studi del
Molise*

Dal globalismo economico al cosmopolitismo giuridico.

Una riflessione tra effettività e idealità*

From economic globalism to juridical cosmopolitanism.

A reflection between effectiveness and ideality

SOMMARIO: 1. Il globalismo economico come attuazione riduzionistica del principio internazionalista. – 2. Il cosmopolitismo giuridico come teorizzazione antiriduzionistica del principio sovranazionale.

1. Il globalismo economico come attuazione riduzionistica del principio internazionalista.

«Finora la globalizzazione non è stata un processo inclusivo. Dobbiamo creare gli strumenti affinché lo diventi»¹. L'apertura dei mercati in cui si è tradotto tale processo, senza sufficienti tutele giuridiche che ne regolamentassero l'attuazione in modo da garantire i diritti sociali e, in particolare, il diritto di tutti al lavoro, ha sì creato grandi ricchezze e benefici economici, ma non per le fasce più deboli delle popolazioni, anche nelle economie avanzate. A parte la criticità delle condizioni lavorative in tanti Paesi nei quali sono state dislocate, dato il costo più basso del lavoro, varie attività imprenditoriali prima svolte in Occidente, l'intensificazione delle importazioni di merci dai luoghi esteri di produzione ha spesso determinato anche nelle società occidentali più industrializzate una notevole problematicità, per l'incremento della disoccupazione e per la correlativa perdita del potere d'acquisto da parte delle persone precedentemente impegnate in attività produttive locali, e non in grado di ritrovare una collocazione occupazionale, soprattutto se prive di specifiche competenze tecnico-professionali. Si è infatti assistito alla chiusura

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Reaping the Benefits of Globalization: The Importance of Public Policies*, Remarks by A. Gurría, Secretary General of the OECD, Foreign Relations Commission, Chamber of Deputies, Rome, 22 February 2007, p. 3.

di numerose aziende non riuscite a sostenere la concorrenza proveniente dal mercato globale, né a internazionalizzarsi per reperire altri sbocchi commerciali.

Sono molte le aspettative rimaste irrealizzate di costruire mediante la globalizzazione un nuovo legame sociale imperniato sui doveri etico-giuridici di rispetto della pari dignità di ciascuno, e non solo sui diritti economico-utilitari di affermazione della libera iniziativa individuale. Si tratta di aspettative giuste, ma che soltanto una globalizzazione basata dialetticamente su un nesso di “unità nella differenza”², di uguaglianza nella libertà, di solidarietà nella competitività, avrebbe potuto porre in essere, e non un globalismo come quello delineatosi sotto forma di un insieme destrutturato di svariati particolarismi in antagonismo, se non in netto conflitto tra loro. Tutto ciò è riconducibile prevalentemente alla riduttiva assunzione del principio internazionalista nei termini di una più o meno latente erosione del principio di sovranità nazionale, per giunta in assenza di una dimensione davvero sovranazionale che, andando oltre il piano dei meccanismi internazionali di funzionamento dei mercati, si sia dimostrata capace di creare un ordine realmente unitario, mondiale o quantomeno europeo. Al posto della promozione dei principi di dignità umana e di solidarietà sociale, che avevano avuto una prima espressione nelle democrazie costituzionali sorte dopo il secondo conflitto mondiale in un clima di emblematica riscoperta dei diritti come presupposto etico-giuridico di ogni assetto intra- e interstatale pronto a superare in un’ottica di *welfare* gli angusti limiti del capitalismo esperito sin dalla prima rivoluzione industriale, il modello funzionalistico prevalso nella forma di un globalismo meramente economico ha generato, a partire dagli anni Ottanta del Novecento, qualcosa di radicalmente diverso.

Si allude alla comparsa di una tendenza regressiva protesa verso un «revisionismo costituzionale»³ che ha indotto a porre in discussione finanche il quadro non negoziabile dei principi costituzionalmente radicati. Alcuni di tali principi e diritti fondamentali hanno ceduto sempre più il passo alle dinamiche impersonali dell’economia e della finanza, tanto che l’exasperata «ripresa delle politiche neoliberiste ha assunto ormai forme teologiche, di incontrastata verità cui tutto sacrificare, il lavoro in primo luogo»⁴. Il globalismo economico ha così dischiuso uno scenario nel quale si è prospettata ben presto una profonda crisi d’identità dei soggetti coinvolti, individuali non

² B. Troncarelli, *Logica della globalizzazione e diritto*, Milano 2004, pp. 63 ss.

³ G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Roma-Bari 2016.

⁴ *Ivi*, p. 92.

meno che statali, nel senso che mentre le persone sono divenute oggetto di un processo di crescente omologazione, e si sono trasformate da lavoratori e da depositari di spettanze etico-giuridiche in anonimi consumatori funzionali allo sviluppo vorticoso della tecnica e dei nuovi *social media*, gli Stati nazionali hanno subito tentativi di forte riduzione delle loro prerogative di sovranità e autodeterminazione a vantaggio non già di quanto «assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni»⁵, ma di una logica fittiziamente globale come quella insita nelle dinamiche economiche di mercato non supportate da strategie politiche comuni, anche all'interno dell'Unione Europea quale insieme di Stati mai giunto ad acquisire una effettiva coesione sovranazionale nel rispetto delle diverse specificità nazionali⁶. A essere globalizzate sono state soprattutto le divisioni intercorrenti tra i pochi detentori di notevoli disponibilità economico-finanziarie e i molti espropriati del diritto socio-individuale al proprio sostentamento e a una vita dignitosa. Si tratta di una dignità tutelabile soprattutto mediante l'esercizio concreto e continuativo del diritto al lavoro, tanto essenziale da essere meritevole di incentivazione, se necessario, con misure di intervento pubblico rivolte a fronteggiare sia le sistemiche crisi dell'economia comportate dal globalismo dei mercati, sia le dinamiche di automatizzazione tecnologica delle attività produttive⁷.

Resta il fatto che le originarie istanze post-belliche di un mondo libero, giusto e pacifico, poste alla base dell'istituzione a metà Novecento della Comunità Economica Europea, fondata su una cooperazione commerciale atta ad aprire gradualmente la strada a un più ampio progetto di costruzione anche socio-politica dell'Europa, sono state in larga parte disattese. Si è avverata, invece, la previsione di chi aveva intuito da tempo un incremento globale del profitto dei soggetti forti, cioè di chi aveva compreso che «il bisogno di sbocchi sempre più estesi per i suoi prodotti spinge la borghesia per tutto il globo terrestre»⁸. Così era stato predetto, già nel 1848, da Marx ed Engels, a cui va riconosciuta una grande lungimiranza nel preannunciare con ampio anticipo quelle tendenze globalistiche che poi sarebbero comparse appieno negli ultimi decenni del Novecento. Quanto è emerso come “terzo capitalismo”, o «capitalism 3.0»⁹,

⁵ Cost. it., art. 11.

⁶ Sul problema di «un'Eurolandia divisa e in crisi d'identità», cfr. V. Castronovo, *Il capitalismo ibrido. Saggio sul mondo multipolare*, Roma-Bari 2011, pp. 36 ss.

⁷ Cfr. B. Troncarelli, *Soggettività umana e diritto al lavoro nella trasformazione digitale*, in *JusOnline*, 2(2018), pp. 80-115.

⁸ K. Marx - F. Engels, *Manifesto del partito comunista*, in *Opere complete*, tr. it., vol. VI, Roma 1973, p. 489.

⁹ D. Rodrik, *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy*, New York-London 2011, pp. 233-250.

cioè come forma di economia capitalistica incentrata sull'espansione mondiale sia dei mercati sia delle nuove tecnologie informatiche, presenta una insospettata linea di continuità con il "primo capitalismo" ottocentesco dei tempi di Marx ed Engels. Pur nell'eterogeneità che contraddistingue le due fasi storiche, si tratta di sistemi economico-industriali entrambi lontani dal riconoscimento dei diritti e dalla doverosa tutela sociale delle condizioni di vita dei lavoratori, come si può constatare ancora se si pensi ai molti dipendenti precari e/o in balia degli interessi di titolari d'impresa protesi a delocalizzare in Paesi esteri le loro attività produttive, o ad automatizzarle a fini di risparmio sui costi della manodopera.

Il capitalismo globale, o terzo capitalismo, si configura invece come notevolmente eterogeneo a un'altra fase di sviluppo, cioè al "secondo capitalismo" scaturito dalla grande crisi economica degli anni Venti del Novecento e proseguito per circa un cinquantennio, quando vennero adottate strategie economiche favorevoli a interventi statali, di contro all'illusione liberista che il sistema economico di mercato sarebbe stato sempre in grado di autoregolarsi pervenendo spontaneamente alla prosperità e alla piena occupazione. Nel secondo Novecento si è potuto apprezzare un sostanziale successo di tale modello di "economia mista", vertente su un nuovo equilibrio creatosi tra Stato e mercato, che pur con alcuni aspetti di problematicità connessi al rischio di uno slittamento dello Stato sociale in Stato assistenzialista, ha aperto la strada, nelle economie avanzate, a un periodo di proficua stabilità, durato fino alla metà degli anni Settanta. È stato questo il modello di capitalismo adottato sotto l'egida del pensiero keynesiano, nonché della visione solidaristica o social-democratica che si è delineata in quegli anni alla luce di un liberismo orientato al buon funzionamento della produzione e degli scambi, tale che tutti potessero esserne beneficiari in termini di progresso e utilità, sociale non meno che individuale. Ciò si è tradotto in regolazione, apertura, *welfare* e investimenti pubblici nei beni collettivi, determinando i cosiddetti "trent'anni gloriosi" dell'Europa.

Ma con la crisi petrolifera degli anni Settanta, e anche a seguito di alcuni eccessi regolativi, si è imposta una reazione anti-welfarista e neoliberista all'insegna di concetti quali privatizzazione, concorrenza, riduzione del ruolo del settore pubblico, *deregulation*. Ne è conseguita in ambito economico una profonda avversione alle regole, che ha avuto uno dei suoi effetti più negativi nella crisi globale, apparsa nel 2008, dei mercati economico-finanziari¹⁰, e che

¹⁰ Cfr. F. Capriglione, *Etica e finanza alla luce della recente crisi finanziaria*, in *Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management*, 1(2011), pp. 9-21.

ha tratto stimolo da un processo di globalizzazione univocamente economicistico e funzionalistico. Tradendo le iniziali speranze di progressivo avanzamento e benessere per tutti, questo perdurante processo sembra aver assolutizzato, di fatto se non di principio, la logica utilitaristica dei soggetti più forti e la correlativa marginalizzazione dei più vulnerabili, o divenuti tali perché tagliati fuori dal mondo produttivo. Non a caso, si è intensificata negli ultimi anni un'accesa discussione sulle possibili alternative al capitalismo neoliberista¹¹, e sulla sua sostenibilità economico-sociale visti gli effetti già comportati da questo «capitalismo finanziario»¹². A partire dalla seconda metà degli anni Settanta del Novecento, il prassismo economico, infatti, ha preso un graduale ma costante sopravvento sulla razionalità etica e sui principi normativi a essa riconducibile, che erano emersi all'indomani del secondo conflitto mondiale per dare luogo a importanti iniziative internazionali di alto significato umanitario, quali la Dichiarazione universale dei diritti umani promulgata dall'ONU nel 1948. Di essa è stato mantenuto, tuttavia, l'intendimento tendenzialmente individualistico dei diritti umani, che ha dato luogo alla formazione di un solco profondo tra le legittime pretese di libera iniziativa economica e le esigenze, non meno legittime, di giustizia e solidarietà sociale a cui è possibile rispondere solo se la libertà venga concepita e praticata non come mera discrezionalità soggettivistica, ma come fondamentale principio etico-razionale e irrinunciabile spazio esistenziale valido per tutti. Non si è tenuto abbastanza in considerazione che le libertà economiche sono distinte e, al tempo stesso, inscindibili dalle libertà civili, o meglio che le libertà economiche non sono esigibili senza il riconoscimento delle libertà civili, e soprattutto che la libertà sostanziale derivante a ciascun essere umano dal riconoscimento altrui della sua dignità è la *conditio sine qua non* del reale esercizio di ogni altra più specifica libertà, sia dei diritti di libertà politica dei cittadini sia dei loro diritti di libertà economico-imprenditoriale, i quali non sono riducibili a incondizionate espressioni di individualismo e di liberismo autoreferenziale. In tal senso, Croce aveva ragione ad affermare che le libertà economiche, alle quali fondatamente anteponeva le libertà civili e politiche, possono essere conseguite anche mediante forme di statalismo, non essendo il liberismo l'unica possibile traduzione sul piano economico del vero

¹¹ Cfr. M.E. Porter - M.R. Kramer, *Creating Shared Value. How to Reinvent Capitalism – and Unleash a Wave of Innovation and Growth*, in *Harvard Business Review*, January-February (2011), pp. 62-77.

¹² M.R. Ferrarese, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna 2017.

liberalismo, cioè della «religione della libertà» da lui professata¹³: «se manca l'animo libero, nessuna istituzione serve, e se quell'animo c'è, le più varie istituzioni possono secondo tempi e luoghi rendere buon servizio»¹⁴.

Anche seguendo il liberalismo classico di Smith, e non quello crociano, risulta notevole come il sistema neoliberista sia giunto nella contemporaneità a esiti di mercato divario dai «sentimenti morali» di smithiana memoria¹⁵. Ciò ha ostacolato la possibilità di una conciliazione del neoliberismo con l'idea anti-individualistica di legame sociale e con il principio del bene comune, che se è un principio di difficile definizione, senza dubbio non è un mero insieme di interessi particolari¹⁶, ma comporta una dimensione di organicità e di reciproca implicazione tra i versanti, distinti benché non separati, di unità e differenza, totalità e singolarità, uguaglianza ed eterogeneità. La perdita postmoderna della misura, e della capacità di mediazione dialettica tra istanze diverse o contrapposte eppur tutte meritevoli di tutela converge, invero, con la perdita del concetto di regola, a cui subentra una velleità di autoregolazione insita nell'enfaticizzata libertà di iniziativa e di autoaffermazione individuale, riscontrabile entro un mercato carente se non privo di norme, statali o internazionali che siano, secondo una prospettiva che, nella prassi economica, è richiamata appunto dal concetto di *deregulation*¹⁷. Non si tiene in debito conto che, per il consolidamento stesso dell'economia di mercato, è impossibile fare a meno di interventi pubblici atti a impartire doveri di equità, dato che agli obiettivi tipicamente economico-manageriali di efficacia e di efficienza si giunge non già prescindendo dai valori morali di rispetto intersoggettivo, ma muovendo proprio da essi, nel senso che «senza forme interne di solidarietà e di fiducia reciproca, il mercato non può pienamente espletare la propria funzione economica»¹⁸. Come è stato osservato, «non si tratta di fare appello a un altruismo pericolosamente astratto, a una generosità istintiva. La questione vera è rappresentata dal mantenimento della coesione sociale, che non nasce da processi spontanei, ma è funzione del grado di

¹³ B. Croce, *La religione della libertà. Antologia degli scritti politici*, Soveria Mannelli 2002.

¹⁴ B. Croce, *Principio, ideale, teoria. A proposito della teoria filosofica della libertà*, in *Il carattere della filosofia moderna*, Bari 1941, p. 123.

¹⁵ A. Smith, *Teoria dei sentimenti morali*, tr. it., Milano 1995.

¹⁶ Cfr. W. Sadurski, *The Idea of Public Reason Re-revisited. Common Good and Respect for Persons*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2(2014), pp. 378-379.

¹⁷ Cfr. N. Irti, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in N. Irti (a cura di), *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Padova 1999, p. 280.

¹⁸ Papa Benedetto XVI, *Caritas in veritate*, Lettera Enciclica, 29 giugno 2009, § 35.

benessere che l'organizzazione istituzionale rende possibile»¹⁹, ossia di un benessere che è il portato di etico-razionali scelte normative.

In ambito economico, ciò richiede l'istituzione di apposite autorità garanti, oltre che l'introduzione di principi e regole miranti a evitare concentrazioni monopolistiche, a favorire una ponderata allocazione delle risorse, a promuovere la costituzione di imprese pubbliche. Sin dagli anni Ottanta del secolo scorso, nell'economia dei Paesi industrializzati si è però deciso di seguire la direzione opposta della *deregulation*, anziché di realizzare opportuni interventi statali, o di ottimizzarli mediante un adeguato sviluppo di organi istituzionali quali il sistema burocratico-amministrativo e l'apparato giurisdizionale, o di disciplinare meglio la fornitura di servizi di pubblica utilità. La deregolamentazione in nome di una indiscriminata libertà economica ha sancito la limitazione, se non la fine, di molte protezioni di carattere sindacale e ambientale, nonché l'abolizione di controlli aventi finalità sociali. Sebbene sia difficile confutare quanto realisticamente sostenuto sin dal liberalismo classico di Smith, cioè che i rapporti economici scaturiscano innanzitutto dall'interesse e non dalla benevolenza degli individui, una responsabile interpretazione di tali rapporti suggerisce che essi non possano essere scissi dal piano etico-giuridico e sociale della giustizia. Di qui, la necessità di tornare a obiettivi di riequilibrio economico, già perseguiti negli anni Cinquanta dai fondatori del progetto comunitario di integrazione europea, e di tenere sotto controllo i meccanismi di mercato tramite la formulazione di norme e vincoli a salvaguardia dell'interesse pubblico oltre che degli interessi individuali stessi, cioè a difesa di una giustizia sociale in cui l'economia sia «ricondata a un ordine di fini che non si esaurisce in essa, in quanto il fine ultimo dell'economia è la persona umana nella sua crescita integrale e solidale a livello planetario»²⁰.

Nel predominio assunto a livello europeo e mondiale dai mercati e dalle transazioni finanziarie, affiora invece una deriva economicistica gravante sui soggetti deboli, siano essi individui o popoli, comportata dall'affermazione di una forma cinica di capitalismo, sotteso a un modello globale non rivolto verso uno spirito di coesione, ma configuratosi come un falso universalismo ad alto rischio di autodistruggersi e di provocare conseguenze molto gravi a livello non soltanto di singole società nazionali, ma di intera comunità internazionale. Si pensi ancora a quanto accaduto nella crisi sistemica del 2008, innescata sia dalla «crescente sperequazione distributiva» che dalla «deregolamentazione

¹⁹ S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari 2017, p. 82.

²⁰ C.M. Martini, *Sulla giustizia*, Milano 1999, pp. 68-69.

dei mercati»²¹. In considerazione di ciò, ai fini di una reale tutela dei diritti, inclusi i diritti economici delle persone socialmente più fragili, le autorità pubbliche, nelle loro attività di regolamentazione e controllo, sono chiamate ad approntare mezzi idonei, giuridici e politici, per la salvaguardia dei singoli e della collettività da ogni attentato alla loro crescita individuale e sociale. Resta il fatto che non si può pervenire a esiti di rinnovamento, o meglio di “risanamento” sociale se i diritti fondamentali vengano ricondotti essenzialmente alle pretese degli individui e, in particolare, alle loro libertà economiche nonché alla preservazione di esse o “dalla” ingerenza dello Stato o “mediante” l’ingerenza stessa dello Stato e di una politica, nazionale o internazionale o europea che sia, resa funzionale alla logica dell’economia. Ciò può condurre solo alla perpetuazione del disequilibrio sociale, e all’aggravamento della crisi prodotta anche nei Paesi più avanzati dai meccanismi sistemici del modello prevalso di globalizzazione dei mercati. Più esattamente, per questa via si può giungere alla creazione di una vera e propria «spirale viziosa: la disuguaglianza economica si traduce in disuguaglianza politica, che produce regole che favoriscono i ricchi, che a loro volta rafforzano la disuguaglianza economica»²².

Anziché la configurazione di un ordine sociale inclusivo esprime una complessità sociale propriamente unitaria e “interculturale”, in cui il tutto non nega la sussistenza autonoma delle singole parti, ma le oltrepassa conservandole, ha preso il sopravvento un disordine globale acentrico e reticolare, foriero di una frammentarietà particolaristica e “multiculturale” caratterizzata da tante isolate interazioni da espletare, senza però fini e relazioni solidali a cui tendere, dato che gli automatismi sistemici permeanti la società postmoderna sono tutt’al più capaci di «eseguire uno scopo», ma non di «avere uno scopo»²³. I meccanismi di funzionamento su cui si basa tale globalismo fittizio quanto unidimensionale, operante per lo più in termini di affermazione degli interessi particolari di individui e gruppi gli uni in competizione con gli altri, sono chiaramente rinvenibili nelle modalità di attuazione della società tecnologica. Si tratta di modalità nelle quali tecnica ed economia interagiscono strettamente tra loro, ambedue trovando nel denaro

²¹ S. D’Acunto, *Peculiarità e criticità del modello europeo di “sovranità monetaria”*, in G. Tarantino (a cura di), *La sovranità in un mondo senza confini*, Torino 2015, p. 182.

²² J.E. Stiglitz, *Un’economia truccata. E che cosa possiamo fare al riguardo*, in «Le Scienze», ed. it. di «Scientific American», febbraio (2019), p. 41.

²³ H. Jonas, *Cibernetica e scopo*, in *Organismo e libertà. Verso una biologia filosofica*, tr. it., Torino 1999, p. 149.

«lo strumento ideale della tecnica moderna»²⁴. Ciò determina un insieme di autoreferenziali dinamiche trasformative protese verso esiti di egemonia tecnocratica, in cui tutto è uniformato a prezzo²⁵ e a «variazioni di quantità»²⁶, ma non senza notevoli disparità di sviluppo sociale, a livello anche intra-europeo²⁷, con inevitabili riflessi negativi nella qualità della vita individuale di larghe fasce della popolazione. La tecno-economia ha così assunto, contestualmente all'economicizzazione della politica e del diritto internazionale, un potere autonomo quanto sconfinato²⁸, dando luogo a un sistema sociale complessivo, autoregolato se non deregolato, dedito a una prassi di fatto incompatibile con obiettivi di crescita sociale estensibile a tutti. L'economia, tradotta in un sistema tecnocratico, chiuso e al tempo stesso globale, finisce per essere un processo autoreferenziale composto da un enorme insieme di interazioni e transazioni di mercato, ma in cui la presenza dell'altro prescinde da ogni richiamo a valori di solidarietà e uguaglianza.

Al secondo capitalismo affermatosi a metà Novecento, non alieno da intenti di benessere collettivo dopo le tante privazioni causate dalla seconda guerra mondiale, ha fatto quindi seguito il *trend* segnato dal terzo capitalismo, neoliberista e finanziario, mirante, come già il primo capitalismo ottocentesco, al godimento esclusivo ed escludente di una libertà del tutto priva di veri elementi di condivisione sociale. Ma la globalizzazione dei mercati e delle transazioni economico-finanziarie ha finito per entrare in grave crisi, rivelandosi antinomica ai principi fondamentali e non negoziabili del diritto, oltre che alla politica in quanto espressione pubblica di autodeterminazione di nazioni e popoli. Con la globalizzazione economica, è venuta meno la rilevanza sia delle persone e delle loro irripetibili specificità pur nella «parità ontologica»²⁹ che le unisce, sia della *polis* in quanto senso di appartenenza a una comunità statale, benché tale appartenenza e legame sociale non sia subordinabile né all'ambito dei soggetti privati e delle loro pur legittime prerogative di autonoma iniziativa economico-imprenditoriale, né all'orizzonte

²⁴ A. Potestio, *La libertà nell'era della tecnica. Uomo e tecnica*, in P. D'Alessandro - A. Potestio (a cura di), *Filosofia della tecnica*, Milano 2006, p. 89.

²⁵ Cfr. N. Luhmann, *Scopi e realtà dello stato del benessere*, in A. Ardigò - A. Giddens - R. Löwenthal - N. Luhmann - C. Mongardini - G.E. Rusconi, *La società liberal-democratica e le sue prospettive per il futuro*, Roma 1983, p. 21.

²⁶ N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari 2004, p. 144.

²⁷ Cfr. Eteps Network (European Techno-Economic Policy Support Network), *The Regional Impact of Technological Change in 2020*, Synthesis Report 2010.

²⁸ Sulla «sconfinatezza della tecno-economia», che «va oltre la dimensione dello spazio europeo», cfr. C. Castronovo - S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. I, Milano 2007, p. 58.

²⁹ S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano 1981, p. 152.

solo apparentemente imparziale e universale di un globalismo internazionalistico senza connotazioni propriamente politiche, né giuridiche. Questo predominio tecno-economico si è dimostrato incapace, per tutelare un individualismo radicale eppur anonimo e spersonalizzato, di ogni riferimento al dovere reciproco di rispetto della libertà di tutti e di ognuno, nonché inidoneo a garantire un armonico rapporto, organico e dialettico, intercorrente tra economia degli interessi particolari e politica del bene comune, come anche tra sovranità nazionale e comunità internazionale, nessuno dei due versanti sacrificabile a vantaggio dell'altro.

L'avvento del terzo capitalismo ha comportato un affidamento unilaterale ai mercati che, all'insegna di un discriminante sviluppo economico-finanziario, ha ravvisato nell'assetto liberista dei Paesi occidentali l'unica vera alternativa a ogni regime totalitario, in particolare a quello sovietico. Con il crollo di tale regime, sancito dalla caduta del muro di Berlino, si è anzi giunti a considerare il nuovo assetto delineato dalla globalizzazione economica come un approdo definitivo del cammino umano, o meglio come il fine e, al tempo stesso, la «fine della storia»³⁰, a cui nulla avrebbe potuto più subentrare di ulteriore. Ma il modello di globalizzazione funzionalistico-sistemica, che ha trasferito la conflittualità insita nel sistema degli Stati-nazione dal piano degli scontri militari al piano delle competizioni economiche e delle disuguaglianze sociali, a cui si sono aggiunte le intolleranze etnico-religiose e le azioni terroristiche sorte entro un multiculturalismo alimentato da incessanti flussi migratori, ha condotto a una sostanziale distorsione del principio internazionalista, univocamente inteso a prescindere dalle peculiari esigenze dei singoli popoli, al punto da perdere ogni capacità di apportare un reale superamento degli stessi particolarismi nazionali contro cui è stato invocato.

L'errore maggiore, frutto di una serie di scelte compiute negli ultimi anni dalla comunità internazionale, in special modo lungo il percorso di costruzione dell'Europa, risiede nell'aver privilegiato una nozione di unità rivelatasi funzionale prevalentemente, se non esclusivamente, agli affari economici anziché alle istanze sociali, sulla base di una *governance* animata non già da finalità di carattere partecipativo e solidaristico, ma da intenti rivolti alla tutela dei maggiori interessi in gioco, come è avvenuto anche nel processo di unificazione monetaria, precipuamente nel Trattato sull'Unione Europea firmato a Maastricht nel 1992. Il principio internazionalista finora posto in essere ha richiesto eccessive cessioni di sovranità nazionale, non compensate dalla presenza di una vera dimensione di sovranazionalità, e imposte

³⁰ F. Fukuyama, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, tr. it., Milano 1992.

all'insegna di una globalizzazione tesa a stravolgere il nesso dialettico di unità nella differenza a favore di un quadro internazionale costituito da un insieme di soggetti statali esposto all'egemonia di quelli più forti, e all'oscillazione tra gli estremi del differenzialismo e dell'omologazione, del sovranismo più escludente e del globalismo più indifferenziato. È una situazione in cui, da una parte, predominano gli interessi delle parti anziché gli interessi realmente comuni, dall'altra riscuote biasimo ogni tentativo di riaffermazione della potestà nazionale quale reazione al destabilizzante fenomeno, iniziato con la globalizzazione economica e tuttora in corso, che «non solo la sovranità - statuale o sovranazionale che sia – è venuta meno ma anche che, al momento, non se ne dia la possibilità»³¹, da cui consegue «un “corto circuito” non più nazionale ma planetario»³².

È mancata la consapevolezza che, in un mondo davvero globale, il principio di nazionalità permane tale pur facendosi, al tempo stesso, altro da sé, e che l'identità di ciascun soggetto statale non subisce alcuna forma di depauperamento, ma accresce la sua articolazione, nel senso che avverte la differenza al suo interno, oltre che al di fuori di sé. La differenziazione sistemica³³, come “differenza da” quanto è esterno ed estraneo al sistema, non viene elusa, ma superata dalla “differenza in” un orizzonte comune di appartenenza costituito dalla realtà stessa nella sua unitarietà, in particolare dalla realtà umana, che è unità, o identità, nella differenza, e differenza nell'unità. Solo l'identità dialetticamente intesa, peculiare del modello ancora utopico, ma realizzabile, di una globalizzazione organica e “sistemica”, e non più solo tecnocratica e “sistemica”, apre la strada verso l'unità costituita da un ordine realmente globale, cioè verso un'universalità che coesista con l'eterogeneità intersoggettiva di individui e popoli, e in cui tale eterogeneità sia espressione essa stessa di una organica e integrata società mondiale. Non che siano assenti, nel modello prevalso di globalizzazione, parziali realizzazioni di una integrazione sociale basata sul principio dialettico di unità nella differenza, ma ciò non toglie che in tale modello ad imporsi siano state le forti spinte disgregative proprie dell'individualismo dell'economia di mercato.

Sempre in questa prospettiva, riguardo al fenomeno epocale dei flussi migratori verso l'Occidente, sarebbe stato auspicabile astenersi sia da una

³¹ C. Bonvecchio, *Lo Stato e il sovranazionale*, in M. Basciu (a cura di), *Crisi e metamorfosi della sovranità. Atti del XIX Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica – Trento, 29-30 settembre 1994*, Milano 1996, p. 87.

³² *Ibid.*

³³ Sul concetto postmoderno di «differenziazione», cfr. N. Luhmann - R. De Giorgi, *Teoria della società*, Milano 1992, p. 373.

rigida chiusura localistica, come quella adottata in Europa dai Paesi del Gruppo di Visegrád, sia da un'apertura insostenibile dei confini, come quella imposta dal Regolamento di Dublino allorché dispone la presentazione della richiesta di asilo esclusivamente nei Paesi di primo ingresso più esposti alle rotte del Mediterraneo, sui quali è venuto a gravare l'onere di gestire da soli l'arrivo illegale di un numero ingente di migranti³⁴. In alternativa, si sarebbero dovute già organizzare, mediante l'intermediazione dell'ONU, azioni coordinate di solidale accoglienza a livello mondiale e non solo europeo, contemperandole con la necessaria tutela della dimensione identitaria degli Stati e delle loro specificità valoriali, e promuovendo così una riaffermazione non più autoreferenziale, bensì etico-relazionale, delle basilari idee di patria e nazione, a salvaguardia di tutti i soggetti coinvolti, individuali e statali, operanti sul piano internazionale. Si pensi al significativo, quanto dimenticato, monito papale secondo cui il «diritto primario dell'uomo è di vivere nella propria patria»³⁵, per garantire il quale non si può prescindere in tutte le aree del mondo dal «promuovere uno sviluppo economico equilibrato, il progressivo superamento delle disuguaglianze sociali, il rispetto scrupoloso della persona umana, il buon funzionamento delle strutture democratiche»³⁶. Se si neghi o sottovaluti il piano nazionale, più esattamente il concetto identitario di patria come realtà ideale ed effettiva in cui operare per il progresso proprio e altrui, non si potrà mai giungere a edificare alcuna concreta unità e coesione interumana, né tantomeno alcun vero ordine mondiale e cosmopolitico, non riducibile a un'aggregazione multiculturale di diversi individui e gruppi indifferentemente, se non ostilmente, conviventi l'uno accanto all'altro. Piuttosto, sussiste l'inalienabile diritto a un adeguato avanzamento sociale di ogni Stato e popolo esistente geopoliticamente come tale, con particolare riferimento a quei Paesi più arretrati del continente africano che non sono ancora riusciti a godere delle loro pur grandi risorse naturali, e le cui popolazioni continuano a vivere sotto la soglia della povertà, spesso flagellate da gravi malattie endemiche. La comunità internazionale, almeno le sue componenti maggiormente allineate all'ideologia del multiculturalismo sottesa al modello di una globalizzazione «corrispondente, dal punto di vista dell'individuo, a uno sradicamento, a una perdita della localizzazione

³⁴ Cfr. *Regulation (EU) 604/2013 of the European Parliament and of the Council, of 26 June 2013*, art. 13.

³⁵ Papa Giovanni Paolo II, *Discorso del Santo Padre ai partecipanti al IV Congresso mondiale promosso dal Pontificio Consiglio della Pastorale per i migranti e gli itineranti*, 9 ottobre 1998.

³⁶ *Ibid.*

territoriale, dell'appartenenza di gruppo, dell'identità culturale»³⁷, ha assunto sì l'impegno a sottoscrivere un patto a fini di gestione globale degli effetti migratori del sottosviluppo³⁸, peraltro tendente a eludere l'importante distinzione tra migranti economici e rifugiati³⁹, ma questo impegno pattizio non sembra essersi rivolto a una gestione altrettanto globale delle cause profonde di tali effetti. Sono cause ascrivibili, nei territori di provenienza delle correnti migratorie, sia alla crescente diffusione della violenza e dell'illegalità, come è comprovato dalla tratta incontrastata di esseri umani in balia nel Mar Mediterraneo di trafficanti senza scrupoli, sia alla perdurante arretratezza socio-economica di quelle regioni, di fatto percepita con sostanziale indifferenza dall'Occidente industrializzato, quasi che il sottosviluppo del terzo mondo rappresenti un portato inevitabile della storia e non già l'esito di cattive politiche internazionali perpetrate da lungo tempo a scapito di quelle popolazioni e della loro crescita sociale. Anziché iniziative poco realistiche, se non insostenibili, a sostegno di una incessante fuga migratoria dai Paesi poveri, servirebbero investimenti industriali e infrastrutturali, soprattutto da parte degli Stati più economicamente avanzati, che sotto la guida dell'ONU fossero finalizzati a un miglioramento progressivo delle condizioni di vita ivi esistenti.

Frattanto, la comunità europea è sorta come una nuova e promettente istituzione sovranazionale, *in primis* per volontà delle nazioni partecipanti al Trattato di Roma del 1957, mediante cui sono state introdotte in Europa strategie economico-commerciali comuni nella consapevolezza che ciò avrebbe dovuto costituire il passo iniziale verso un più vasto sviluppo della cooperazione tra gli Stati all'insegna di diritti e principi di civiltà giuridica valevoli anche a livello extracomunitario, in modo da scongiurare quegli aspetti della tradizione vetero-europea e statolatrica a causa dei quali la guerra e gli sfrenati impulsi nazionalistici avevano costituito per secoli i più ricorrenti quanto tragici avvenimenti della storia. Così facendo, l'Europa ha intrapreso a metà Novecento una direzione potenzialmente idonea a conseguire gli auspicati esiti di pace europea e mondiale in una prospettiva internazionalista ma non ancora antisovranista, orientata verso una inedita e proficua unità pur nella differenza intercorrente tra molteplici culture e nazionalità, chiamate a rispettarci vicendevolmente tra loro. È significativo quanto espresso, già nel

³⁷ P. Barcellona, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*, Troina 2001, p. 118.

³⁸ United Nations, *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, Resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2018.

³⁹ Cfr. UNHCR, *Convention and Protocol relating to the status of refugees*, Geneva 1951, art. 1; inoltre, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Nice 2000, art. 18.

1948, nell'art. 10 della Carta costituzionale italiana, secondo cui occorre conformarsi alle norme del diritto internazionale, sia scritte, cioè frutto di volontarie adesioni degli Stati a trattati e convenzioni internazionali, sia non scritte in quanto derivanti da consuetudini originate e condivise dalla generalità dei soggetti statali. Benché sul piano solo degli scambi economici, l'istituzione della comunità europea ha iniziato quindi ad attuare i dettami programmatici e prescrittivi di armonica coesistenza, promossi dal costituzionalismo del secondo dopoguerra, mediante l'affermazione di principi di grande rilevanza anche etico-giuridica quale il principio della cooperazione internazionale⁴⁰, a cui ha fatto seguito, tra l'altro, il principio dello sviluppo sostenibile⁴¹, rilevante a livello sociale e ambientale oltre che economico.

Non si tratta di principi esclusivamente europei, ma essi hanno trovato nell'Europa un soggetto che avrebbe potuto tradurre la propria unificazione economica in una compiuta identità anche socio-politica basata su una sua Costituzione. Solennemente progettata e sottoscritta nel 2004 a Roma⁴², la Costituzione europea non è stata tuttavia ratificata da tutti gli Stati firmatari, nonostante quanto era stato enunciato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, secondo cui «i popoli europei, nel creare un'unione sempre più stretta tra loro, hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni»⁴³. Nemmeno altre rilevanti iniziative giuridiche, finalizzate non solo a limitare la sovranità nazionale dei singoli Stati in nome del progetto europeo, come è accaduto con il Trattato di Maastricht a fini di integrazione monetaria⁴⁴, ma anche a estendere le competenze comunitarie a settori non economici, come nel Trattato di Lisbona⁴⁵, sono riuscite a far sì che il processo di avanzamento comunitario verso un'unificazione più ispirata a valori di giustizia sociale proseguisse oltre un modello esclusivamente funzionalistico di globalizzazione. L'Unione Europea ha finito così per assumere, al di là delle molte enunciazioni formali, un rigido impianto burocratico-ordinamentale supportato dalla concezione gerarchica del primato delle norme comunitarie sugli ordinamenti giuridici nazionali, quale principio

⁴⁰ Cfr. European Economic Community, *The Treaty of Rome*, 25 March 1957, art. 6, 1.

⁴¹ Cfr. *Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts*, Amsterdam, 2 October 1997, art. 1, 5.

⁴² *Treaty Establishing a Constitution for Europe*, Rome, 29 October 2004.

⁴³ *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, cit., Preamble.

⁴⁴ Cfr. P. De Grauwe, *What Have we Learnt about Monetary Integration since the Maastricht Treaty?*, in *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 4(2006), pp. 711-730.

⁴⁵ *Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community*, Lisbon, 13 December 2007.

inderogabile formulato per la prima volta nel 1964 dalla Corte europea di giustizia⁴⁶ a salvaguardia della piena efficacia di tali norme in tutti gli Stati membri. Di qui, il sopravvento di una logica univoca protesa sostanzialmente a elidere la potestà legislativa degli Stati e il principio stesso di sovranità a essi spettante. Ma ciò ha fomentato istanze reattive di sovranismo che stanno cercando di riacquistare rilievo in modo altrettanto univoco e adialettico.

Di fronte all'incapacità di perseguire, se non di conseguire, un costruttivo intento di "unità cosmopolitica nella differenza politica", ossia una totalità composita nell'alveo delle diverse specificità spirituali e naturali, valoriali e fattuali dei singoli popoli, si è ormai chiamati a rispondere in termini idonei e più complessi alla stessa intrinseca complessità sociale, europea e mondiale, ponendo in atto una mediazione, innanzitutto etico-giuridica, tra individualismo e comunitarismo, sovranismo e internazionalismo. È solo il dialettico temperamento di legittime aspettative e spettanze eterogenee, se non contrapposte, a determinare un positivo coinvolgimento di tutti, ovvero a costituire il principale mezzo di contenimento dei molti contrasti sociali, alcuni latenti e altri palesemente constatabili, proliferati in una società internazionale carente o mancante di equità intersoggettiva. Al posto di una organica unità differenziata, si è assistito infatti a una destrutturata «frammentazione e inconsistenza»⁴⁷, teoretica oltre che pratica, insita in svariati elementi concettuali e operativi caoticamente accorpati dalle dinamiche di una globalizzazione e di un multiculturalismo ambedue espressione di «de-differenziazione»⁴⁸, cioè ambedue forme di un omologante appiattimento di espressioni e valori, rimasti nondimeno estranei ed esterni tra loro. È questa una omologazione alimentata dall'espansività dell'economia liberista e, nel contempo, connotata da una forte disintegrazione particolaristica, senza più centro né ordine, entro un equilibrio "stabilmente aleatorio" che sembra essersi tradotto in un caos mondiale irto tanto di dipendenze condizionanti quanto di chiusure limitanti. Si noti che il multiculturalismo, in quanto mera somma uniformante di elementi diversi, talora reciprocamente indifferenti, talaltra in scontro aperto gli uni con gli altri, non è confondibile con la dialetticità dell'interculturalismo, inteso come unità organica di parti in pacifica relazione reciproca. Solo l'interculturalismo è in grado di riunificare l'eterogeneità delle sue molteplici componenti senza assimilarle a un solo elemento più o meno dominante, perché «la forza di una cultura sta [...] nella

⁴⁶ Cfr. Court of Justice of the European Union, *Judgment of 15 July 1964, Flaminio Costa v. Enel, Case 6/64*.

⁴⁷ W. Bergquist, *L'organizzazione postmoderna*, tr. it., Milano 1994, pp. 74 ss.

⁴⁸ *Ibid.*

capacità di relazionarsi continuamente con ciò che è “altro”, senza perdere la consapevolezza della propria identità»⁴⁹.

Si tratta di aspetti di rilevanza non soltanto socio-culturale, ma anche normativa, perché la cultura e lo scambio interculturale sono valori che richiedono, da una parte, il dovere di rispetto della pluralità del pensiero umanistico e scientifico, nonché delle diverse tradizioni storiche e artistiche, dall'altra il dovere non meno importante di custodia della valenza identitaria del patrimonio culturale di ogni realtà nazionale. Ciò emerge anche dall'art. 9 della Costituzione italiana, che dispone, in generale, la promozione dello sviluppo culturale e tecno-scientifico nonché, in particolare, la conservazione delle ricchezze storiche, artistiche e naturali della nazione, trovando così conferma più o meno esplicita l'inscindibile legame sussistente tra comunità statale e comunità mondiale, tra *polis* e *cosmopolis*. Non si può evitare di aggiungere, inoltre, il patrimonio di valori religiosi che connotano l'identità di ogni realtà sociale, soprattutto in Europa, avente sue specifiche «radici cristiane» che attendono ancora di essere riconosciute adeguatamente, come più volte Papa Benedetto XVI, sin da prima del suo pontificato, ha esortato a compiere per restituire ai popoli cristiani la consapevolezza dei loro fondamenti spirituali, non esimendosi dall'osservare, in tal senso, come «la multiculturalità, che viene continuamente e con passione incoraggiata e favorita, è talvolta soprattutto abbandono e rinnegamento di ciò che è proprio, fuga dalle cose proprie»⁵⁰.

Nel tipo di globalismo prevalso sono invece ravvisabili, in chiave multiculturale e non già interculturale, vani tentativi di neutralizzazione della complessità sociale per mezzo di un approccio funzionalistico-sistemico più affine al concetto meccanicistico di sistema come un mero insieme sommatorio che non al concetto organico di sistema come organizzazione unitaria di tante identità differenti, rispondenti ai principi di una logica polivalente incardinata su un nesso dialetticamente coesivo di elementi pur distinti e non confondibili tra loro. Ma il falso sincretismo globalistico tende a comprimere simili prerogative di distinzione e autonomia delle singole parti, spesso minacciate nella propria identità non solo sul piano geopolitico, ma anche sul piano storico-temporale della preservazione di un passato la cui memoria sembra dissolversi in un presente uniformante che cerca di assorbire in sé tutto, anche ciò che è stato e che sarà. Ma è un superamento del passato solo illusorio, perché proprio il

⁴⁹ S. Belardinelli, *Cultura, globalizzazione, interculturalità*, in F. Monceri - G. Gili (a cura di), *Comprendersi o no. Significati e pratiche della comunicazione interculturale*, Roma 2009, p. 69.

⁵⁰ J. Ratzinger, *Europa. I suoi fondamenti oggi e domani*, Cinisello Balsamo 2004, p. 28.

carattere fittizio della globalizzazione tecno-economica, e il suo malinteso intendimento del principio internazionalista, hanno portato per reazione a recuperare dal passato stesso le idee di Stato e politica come dimensioni sostanziali di organizzazione del conflitto⁵¹, nonché l'idea del diritto, in special modo del diritto costituzionale, come «struttura di pace»⁵² non solo posta a garanzia dei principi della coesistenza umana, ma strettamente legata ai concetti basilari della scienza politica, tra cui il concetto di sovranità nazionale⁵³. Non è affatto la negazione di tali categorie concettuali, ma è l'affermazione del passato nel presente, della tradizione nell'innovazione, dei classici valori giuridico-politici in un nuovo ordine da costruire come tale, che può determinare un'autentica globalizzazione, o meglio una vera svolta globale.

Si tratta di edificare non un'unità internazionale come quella concepita dalla comunità europea contestualmente a una limitazione di sovranità degli Stati nazionali, ma di erigere l'unità nazionale come espressione di una nuova unità plurale o differenziata tra le nazioni. Solo muovendo dalla paritaria compresenza di questi due livelli, nazionale e internazionale, si può proficuamente teorizzare l'idea di un'ulteriore unità sovrastatale, e realmente sovranazionale, rappresentata dal diritto cosmopolitico. È un'idea diversa non solo da quella delineatasi nel quadro dell'Unione Europea, ma anche da quanto istituito nel secondo dopoguerra come Organizzazione delle Nazioni Unite, essendo enti riconducibili entrambi all'universalismo, più formale che sostanziale, rappresentato in gran parte dagli interessi dei soggetti più influenti, anziché all'universalismo di un orizzonte normativo più ampio possibile e ancora di là da venire, consistente in pochi quanto fondamentali principi, condivisi e vincolanti, vertenti non solo sul rispetto reciproco tra i differenti popoli e Stati, ma anche e innanzitutto sulla «parità ontologica»⁵⁴ riferibile a tutti gli individui in quanto esseri umani, e cittadini del mondo oltre che cittadini di una determinata nazione. Pur nel rispetto delle diversità geopolitiche, ciò significa riferire il progetto cosmopolitico alla comune osservanza di tali essenziali principi e valori su cui rimodulare le istituzioni nazionali e internazionali già esistenti, ma non significa affatto ascrivere al progetto un compito eccessivamente gravoso di *governance* multilivello, i cui

⁵¹ Cfr. R. Menotti, *Mondo caos. Politica internazionale e nuovi paradigmi scientifici*, Roma-Bari 2010, p. 65.

⁵² S. Cotta, *Il diritto: struttura di pace*, in *Iustitia*, 4(1992), pp. 379-385.

⁵³ Cfr. A. Carrino, *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione. Da Kelsen allo Stato-Mercato*, Soveria Mannelli 2014.

⁵⁴ Cfr. *supra*, nota 29.

requisiti estesi a ogni ambito istituzionale, tra i quali l'ordine interno, la difesa militare, l'amministrazione della giustizia, o la politica monetaria, esporrebbero il progetto stesso a una inevitabile insostenibilità in termini di «problemi di attuazione molto complessi»⁵⁵. Ma è questa una problematicità evitabile se si guardasse, più semplicemente, a un ordine cosmopolitico imperniato su un nuovo e diffusivo “diritto per principi”⁵⁶, capace di condurre a un modello ulteriore di globalizzazione, giuridica e non solo economica, dialetticamente organicistica o “sistemica”, e non solo riduttivamente funzionalistica o “sistemica”.

In questa visione di un cosmopolitismo più dei principi che non del sovvertimento radicale dell'ordine già in atto, la dimensione cosmopolitica presuppone lo sviluppo di una dimensione internazionale che non vada a scapito della legittima preservazione della dimensione nazionale, e di quel principio di sovranità che è stato emblematicamente attribuito dalla Costituzione italiana al popolo, il cui diritto di sovranità attende anzi una «rifondazione costituzionale»⁵⁷ in chiave di rifondazione della politica stessa quale unica vera democrazia, o meglio quale «politica dell'uguaglianza»⁵⁸. Beninteso, ciò non ha nulla a che vedere con il sovranismo come fattore tipico dello spirito nazionalistico dei regimi totalitari, ma piuttosto «esige il riconoscimento comune di principi normativi fondamentali, di validità universale»⁵⁹, ovvero un riconoscimento che implica non l'enfaticizzazione né l'elisione, bensì la ridefinizione della sovranità in una «prospettiva planetaria»⁶⁰. È una prospettiva in cui l'identità spirituale del popolo, nella sua determinazione spazio-temporale, geopolitica e storica, può aprirsi in direzione dell'intera realtà umana, senza tuttavia perdere la propria autonoma connotazione. È inoltre una prospettiva verso cui gli Stati già possono guardare, dato che «appartenenza nazionale non significa necessariamente Stato centralistico»⁶¹, di per sé ostile alle autonomie locali e al rispetto delle diversità. Ma anche nel recente passato si può trovare di tale prospettiva un'anticipazione nell'orizzonte teorico delineato dall'importante, benché poco noto, *Manifesto di Ventotene*, in cui il lungimirante federalismo di Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi si è tradotto nella fiduciosa attesa di un'unità

⁵⁵ A. Martinelli, *La democrazia globale. Mercati, movimenti, governi*, 2ª ed., Milano 2008, p. 166.

⁵⁶ B. Troncarelli, *Complessità e diritto. Oltre la ragione sistemica*, Milano 2002, pp. 149-179.

⁵⁷ L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari 2018, p. 163.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ S. Cotta, *Perché il diritto*, 6ª ed., introd. di F. D'Agostino, Brescia 2017, p. 140.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ P. Becchi, *Italia sovrana*, Milano 2018, p. 63.

europea in cui ogni nazione, frutto di «unità di costumi e di aspirazioni»⁶², concorra all'edificazione di un «nuovo organismo» in grado di costituire e mantenere «un ordine comune, pur lasciando agli Stati stessi l'autonomia che consenta una plastica articolazione e lo sviluppo di una vita politica secondo le peculiari caratteristiche dei vari popoli»⁶³. Ancora più antesignano e lungimirante, nonché idealmente innovatore, è stato il pensiero di un uomo come Gian Domenico Romagnosi, fautore del tentativo teorico di mediare tra la chiusura rappresentata dall'identità dello Stato e l'idea di un'unità universale umana. Appare paradigmatico che proprio l'ordine statale permetta, per Romagnosi, la comparsa di una vera e più ampia coscienza sociale, poiché «sospinge per una forza lenta, imperiosa e progressiva i popoli d'Europa verso uno stato di scambievole equilibrio interno ed esterno»⁶⁴. Solo seguendo tale direzione, l'approdo ultimo sarà la superiore unità costituita da quell'ordinamento di diritto pubblico che Romagnosi denomina «società delle genti»⁶⁵, e che rappresenta il più elevato approdo del diritto e dell'intera civiltà umana.

In definitiva, l'unità «delle nazioni» non può essere davvero tale se miri a negare, o a sminuire, il piano logicamente anteriore costituito dall'unità «della nazione», nonché dal principio di sovranità del popolo, al quale la sovranità appartiene e dal quale viene esercitata «nelle forme e nei limiti della Costituzione»⁶⁶. In ogni realtà complessa quale un organismo, naturale o sociale che esso sia, non solo la parte è nell'unità, ma l'unità è nella parte, perché l'unità non è una semplicistica somma di singole parti, ma inerisce a ciascuna di esse per costituirne il presupposto e, insieme, il fine, che supera e conserva tutto ciò da cui ha preso inizio. Solo la riaffermazione dell'unità dello Stato, espressa dalla sovranità popolare e definita dai suoi principi costituzionali, può consentire il corretto intendimento dell'unità degli Stati nei termini di un principio internazionalista che non collida con il principio di nazionalità, ma si confronti dialetticamente con esso e lo oltrepassi, senza negarlo, verso un ulteriore piano, quello sovranazionale. Si tratta di un piano che può trovare compimento solo muovendo dall'unità composita dello Stato e dalla sua potestà legislativa per tendere, anche se faticosamente, prima

⁶² A. Spinelli - E. Rossi, *Per un'Europa libera e Unita. Il Manifesto di Ventotene*, Roma 2017, p. 13.

⁶³ *Ivi*, p. 57.

⁶⁴ G.D. Romagnosi, *Scienza delle Costituzioni*, in *Opere*, vol. VIII, Palermo-Napoli 1877, § 25, p. 146.

⁶⁵ G.D. Romagnosi, *Istituzioni di civile filosofia, ossia di giurisprudenza teorica*, in *Opere*, vol. VI, Palermo-Napoli 1871, § 2172, p. 1000.

⁶⁶ Cost. it., art. 1.

all'unità non meno composita del diritto internazionale, e poi all'unità globale del diritto cosmopolitico.

2. Il cosmopolitismo giuridico come teorizzazione antiriduzionistica del principio sovranazionale.

Da Kant tematizzato prima e più di Romagnosi, il cosmopolitismo giuridico è, tuttavia, un'idea non esauribile né interpretabile nell'esclusiva accezione kantiana. Resta il fatto che non si può prescindere dalla riflessione kantiana, perché essa è indispensabile quale punto fermo da cui muovere in direzione delle dinamiche storico-sociali successivamente comparse nella postmodernità. Kant ben comprende come «il raggiungimento di una società civile che faccia valere universalmente il diritto» non sia un obiettivo solo giuridico, ma rappresenti un obiettivo anche morale, cioè l'esito di una «*insocievole socievolezza*» che può «infine trasformare in un tutto *morale* un accordo *patologicamente* forzato ad una società»⁶⁷. E ben comprende che questo obiettivo di «una *costituzione civile* perfettamente *giusta*» è non solo il più desiderabile a cui cercare sempre di avvicinarsi anche se non possa essere mai davvero attuato, ma anche «il più difficile e quello che verrà risolto più tardi dal genere umano»⁶⁸. Ciò che, però, della sua concezione non sembra condivisibile è che un compito così arduo come quello del diritto cosmopolitico, e dell'unità anche giuridica degli uomini, sia da considerarsi nondimeno come «destino del genere umano, giustificato da una tendenza naturale in tal senso»⁶⁹. Infatti, occorre tenere conto che non è la natura a proiettare l'uomo oltre se stesso, né è la natura, in merito a un diritto così difficile da realizzare come quello cosmopolitico, a permettere di accogliere, nel pensiero prima ancora che nella prassi, una nuova dimensione identitaria del soggetto umano, in cui questi possa giungere a riconquistarsi come un soggetto capace di trascendere la propria, essa sì naturale, libertà individualistica, cioè come un soggetto capace di farsi libero proprio perché non più autoreferenziale, e di affermarsi nell'affermazione dell'altro anziché in una immediata e irriflessa autoaffermazione di sé.

Nella prefigurazione di un nuovo assetto giuridico ultrastatale, orientato verso una società cosmopolitica, è in gioco l'affermazione di una doverosità non tanto “controfattuale” o alternativa alla prassi ordinaria, quanto

⁶⁷ I. Kant, *Idea per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in *Scritti di storia, politica e diritto*, tr. it., 8^a ed., Roma-Bari 2009, pp. 33-34.

⁶⁸ *Ivi*, pp. 34-35.

⁶⁹ I. Kant, *Antropologia pragmatica*, tr. it., 2^a ed., Roma-Bari 1985, p. 227.

“metafattuale”, perché essa appare un’idea della ragione che va al di là dei dati di fatto nonché di una presunta «tendenza naturale»⁷⁰ del genere umano verso il superamento della sua peculiare insocievolezza. Si allude a un orizzonte ideale in cui il diritto consiste non soltanto nelle funzionalità pratico-operative delle norme di legge, ma assume anche finalità valoriali e metagiuridiche che non possono essere ignorate dalle norme stesse, nella loro profonda *ratio* e nei loro sottesi principi, ossia da un dover essere giuridico che non può se non radicarsi nell’essere della razionalità etica, ovvero in una dimensione ulteriore rispetto al diritto esistente. Si tratta di una razionalità che trova nel diritto cosmopolitico la sua più elevata espressione, per cui esso può essere inteso fondatamente come un terzo sistema, sovrastante ma non contrapposto agli altri due sistemi normativi rappresentati dal diritto statale e dal diritto internazionale.

Appare in tal senso opinabile la concezione kelseniana, peraltro rispondente a una opinione diffusa, secondo cui, al di là dei due sistemi del diritto statale e del diritto internazionale, *tertium non datur*, «non essendovi un terzo ordinamento superiore ad entrambi»⁷¹. L’argomentazione addotta da Kelsen per sostenere la propria visione del rapporto tra il diritto statale e il diritto internazionale è, in sostanza, che tra tali sistemi può sussistere solo un rapporto gerarchico di sovraordinazione dell’uno rispetto all’altro, ma non un rapporto di indipendenza reciproca, né di coordinazione mediante un altro ordinamento di tipo cosmopolitico, che a suo avviso non esiste. Dove l’assunto dell’inesistenza di un terzo diritto rispetto al diritto statale e al diritto internazionale esprime più una constatazione fattuale o una rilevazione descrittiva che non un’argomentazione dimostrativa dell’inasseribilità di un simile diritto, che nonostante la sua connotazione storico-fattuale sembra delinearsi, non poco aporeticamente, come un postulato aprioristico nel relativismo giuspositivistico di Kelsen. Ciò non toglie che, nell’ambito del suo internazionalismo giuridico, il diritto internazionale sia da lui inteso nei termini di una sua presunta superiorità, stando alla quale sussiste «il primato dell’ordinamento giuridico internazionale»⁷².

Ma qui preme osservare che il cosmopolitismo giuridico non è né, come ritenuto da Kant, una «tendenza naturale»⁷³ dell’umanità riconducibile a un concetto giusnaturalistico inscritto nel destino del genere umano, né, come suggerito da Kelsen, una mera «utopia del diritto naturale puro», quale appare

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, tr. it., Milano 1984, p. 379.

⁷² H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, tr. it., 2^a ed., Torino 1970, pp. 163 ss.

⁷³ I. Kant, *Antropologia pragmatica*, cit., p. 227.

appunto ogni «concezione di un ordinamento che realizza l'interesse "comune" o "generale" e costituisce una società perfettamente solidale»⁷⁴. Appare notevole come ambedue queste visioni, pur nella loro diversità, siano pervase da una medesima convinzione più o meno esplicita, quella di ritenere che il diritto cosmopolitico, kantianamente connaturato nel destino dell'umanità, oppure kelsenianamente insussistente, esprima una esigenza di universalismo giuridico non implicante alcun salto di qualità rispetto ai limiti intrinseci del diritto, bensì solo un rafforzamento, sia pur quantitativamente intenso, delle istituzioni transnazionali. In ciascuna di tali visioni, è lo sviluppo del diritto internazionale ad avere pur sempre il compito di garantire un nuovo ordine giuridico globale, e non già la tematizzazione di un ulteriore livello giuridico-ordinamentale di carattere cosmopolitico. Per Kelsen, la propria «dottrina pura del diritto», concorrendo alla «dissoluzione teoretica del dogma della sovranità»⁷⁵ e all'affermazione dell'idea, fortemente osteggiata da Schmitt⁷⁶, in base alla quale «è solo una contingenza storica (peraltro vera per gli ultimi tre secoli) che gli ordinamenti giuridici siano "efficaci" solo nella dimensione territoriale degli Stati nazionali»⁷⁷, apre la strada non già a un terzo livello ordinamentale oltre quello statale e internazionale, ma a una «evoluzione del diritto universale» verso un progressivo «perfezionamento tecnico del diritto internazionale»⁷⁸.

Riguardo al cosmopolitismo giuridico di Kant, la sua lezione permane indispensabile per una razionale configurazione dei rapporti interumani su scala planetaria⁷⁹. La sua idea di un diritto cosmopolitico rappresenta il paradigmatico tentativo di determinare un assetto giuridico in grado di soddisfare l'esigenza, tuttora perseguita da molteplici soggetti e organizzazioni a livello nazionale e internazionale, di un rispetto più esteso possibile dei diritti umani. Seguendo il pensiero kantiano, è importante osservare che ciò potrebbe realizzarsi senza dissolvere la dimensione statale in una indifferenziata unità mondiale, ma procedendo a una suddivisione nelle tre branche corrispondenti ai piani, distinti eppur uniti, del diritto pubblico, del diritto interstatale, e del diritto cosmopolitico. Sul piano pubblico del diritto costituzionale interno, si

⁷⁴ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 446.

⁷⁵ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 168.

⁷⁶ Cfr. C. Schmitt, *Il concetto d'Impero nel diritto internazionale*, tr. it., Roma 1996.

⁷⁷ P. Bronzini, *Cittadinanza-Sovranazionalità. Cittadini senza patria. Territori senza confini*, in A. Pizzo (a cura di), *Un altro mondo in costruzione. Le idee del movimento globale*, Milano 2002, p. 150.

⁷⁸ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 168-169.

⁷⁹ Cfr. G. Marini, *La concezione kantiana di una repubblica mondiale e la sua attualità*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 4(1993), pp. 634-648.

tratta di salvaguardare i valori di libertà, giustizia e pace mediante l'osservanza dei principi stabiliti da adeguate carte costituzionali, mentre sul piano del diritto interstatale ogni ordinamento nazionale è chiamato a istituire relazioni e a promuovere trattati miranti a una proficua cooperazione internazionale. Ma il piano ulteriore di un diritto cosmopolitico così come concepito da Kant, a garanzia dei diritti di tutti in quanto cittadini del mondo e non solo cittadini di uno Stato, capace di far sì che «la violazione del diritto avvenuta in un *punto* della terra» sia finalmente «avvertita in *tutti* i punti»⁸⁰, a ben vedere è in diretta linea di continuità con la logica politica e giuridica degli Stati, tanto è vero che il suo primario obiettivo consiste, più ancora che nella tutela della dignità di ogni soggetto umano, nella garanzia della «pace perpetua»⁸¹ tra gli Stati. Ciò significa che a sostanziare il diritto cosmopolitico in Kant è, in definitiva, «l'idea di un diritto pubblico internazionale, che decida le controversie dei popoli in modo civile come per mezzo di un processo e non in modo barbaro (al modo dei selvaggi), vale a dire per mezzo della guerra»⁸². Non soltanto. Tale idea di «*ius cosmopoliticum*», in quanto «associazione perpetua *pacifica*», nella concezione kantiana è soprattutto un «principio *giuridico*»⁸³, realizzabile mediante un continuo sforzo di avvicinamento e alleanza degli Stati tra loro, e non tanto un disinteressato principio etico. Esso risulterebbe a Kant un principio, quale in effetti è, in prevalenza etico, se tra diritto internazionale e cosmopolitismo giuridico venisse da lui fondatamente rinvenuto un salto qualitativo, cioè un momento dialettico di unità nella differenza, o di legame nella discontinuità, come quello espresso dal concetto metaforico di «frontiere» del diritto, denotante essenzialmente il superamento metagiuridico e morale, ma senza negazione della dimensione giuridica, di un altro tipo di confini, quello dei chiusi «limiti», pur intrinseci e strutturali, relativi al diritto settorialmente inteso⁸⁴.

Al contrario dei limiti settoriali da cui il diritto *stricto sensu* non può fuoriuscire, le frontiere evocano un ambito del reale in grado di oltrepassare se stesso, un interno che si rapporta a un esterno, un dentro che trapassa in un fuori, nella fattispecie un diritto che, andando oltre i propri limiti costitutivi,

⁸⁰ I. Kant, *Per la pace perpetua*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, tr. it., 2^a ed., Torino 1965, p. 305.

⁸¹ *Ivi*, pp. 283 ss.

⁸² I. Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, cit., p. 542.

⁸³ *Ivi*, p. 543.

⁸⁴ Cfr. B. Troncarelli, *Il diritto tra invalicabilità dei suoi limiti e valicabilità delle sue frontiere*, in R. De Giorgi (a cura di), *Limiti del diritto. Prospettive di riflessione e analisi*, Lecce 2018, pp. 464-479.

riscopre il suo radicamento etico, divenendo nel contempo diritto positivo e diritto ideale, pretesa e obbligo, regole e principi, prescrittività giuridicamente simmetrica e doverosità moralmente incondizionata. Senza negare i due livelli tradizionali del diritto, statale e internazionale, solo l'ulteriore livello cosmopolitico potrebbe ricomprendere in sé un orizzonte più vasto di principi e valori metagiuridici se non extragiuridici, ma proprio perciò indispensabili per contrastare l'«antigiuridismo»⁸⁵ permeante la contemporaneità. Solo nell'idea di cosmopolitismo giuridico il diritto potrebbe giungere all'autocoscienza o piena cognizione di sé, e quindi al proprio compimento, in cui il diritto stesso diviene più propriamente una "giuridicità" che oltrepassa i suoi limiti categoriali. E solo in tale idea cosmopolitica potrebbe farsi più chiara la relazione tra differenti eppur uniti elementi del reale, in particolare la relazione delle regole giuridiche con i loro fondamenti etici, dell'interesse particolare con l'interesse collettivo, della complementare pretesa individuale con il reciproco dovere sociale di rispetto di ognuno verso l'altro.

Ma a questo punto si presenta il problema maggiore, ancora rimasto irrisolto, che induce a chiedersi se e come si possa dar corso a un reale cosmopolitismo giuridico che vada al di là non solo del diritto internazionale in quanto espressione di dinamiche pur sempre circoscritte ai particolari contesti politico-nazionali, ma anche del diritto sovranazionale finora perseguito da istituzioni superiori alle singole sovranità nazionali quali l'Unione Europea, nonché da istituzioni mondiali come quelle sorte nell'ambito delle Nazioni Unite, incluse le istituzioni giurisdizionali costituite dai tribunali internazionali operanti per la repressione dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità. Si tratta di capire in quali termini, esclusivamente legali o anche metagiuridici, sia attingibile il piano più profondo e archetipico del diritto, che vada oltre i suoi specifici limiti di ordinamento positivo spazio-temporalmente connotato, cioè oltre la propria contingente fenomenicità normativa in ambito statale e internazionale, per spingersi verso quelle frontiere del diritto evocate dal concetto vetero-cristiano e cosmopolitico di *civitas maxima*, universalmente diffusivo nella tutela di tutti e di ciascuno. In questo riferimento all'unità cosmopolitica e a un legame sociale più inclusivo possibile, non si può fare a meno di richiamare la teorizzazione di una delle principali categorie concettuali e operative esprimenti la socialità umana, cioè dell'alleanza come legame intersoggettivo che è reso possibile dalla fiducia intesa quale percepita

⁸⁵ S. Cotta, *Perché la violenza? Una interpretazione filosofica*, L'Aquila 1978, pp. 105 ss.

“affidabilità” di agenti e azioni⁸⁶. In quanto istitutiva di rapporti umani, l'alleanza è il fondamento anche delle loro implicazioni giuridiche e politiche, dato che «senza una minima intelaiatura di patti, federazioni interregionali o internazionali, il seppur relativo mantenimento della pace nel mondo non sarebbe giuridicamente e politicamente possibile»⁸⁷. Nella delineazione del significato filosofico dell'alleanza in termini di una delle maggiori espressioni di coesione sociale, si configura quindi un concetto di socialità a cui risponde appieno la diffusività propria del diritto cosmopolitico nel suo riferimento alle istanze della società mondiale e ai suoi singoli componenti, diversamente da un “diritto politico” vigente nella determinatezza dei singoli Stati e di per sé insufficiente a rappresentare tutte le potenzialità espansive del diritto concernenti la sua capacità di rivolgersi alla «*universalità degli uomini*»⁸⁸, in un'accezione non solo materiale, temporale e terrena, ma spirituale in senso lato.

Appare difficile negare che quanto finora realizzato in direzione realmente globale e cosmopolitica sia ben poco, ragion per cui è comprensibile porre in dubbio la plausibilità teoretica e pratica del cosmopolitismo giuridico. La globalizzazione prevalsa nella contemporaneità è rimasta appiattita su una esclusiva dimensione economica, funzionalistica e destrutturata, senza riuscire a prendere una direzione propriamente etico-giuridica, finalistica e organica. La *cosmopolis* prodotta dalla globalizzazione sistemica è, paradossalmente, una mal riuscita «glocalizzazione»⁸⁹, comparabile a un insieme di conflittuali localismi socio-politici in “interazione” e non in “relazione” tra loro, per lo più tramite un reticolare sviluppo tecnologico-digitale irto di drammatici divari tra sviluppo e sottosviluppo, tra nord e sud del mondo, senza rapporti significativi che non siano quelli dell'antagonismo di interessi economico-finanziari, e senza vere finalità di condivisione o di allargamento valoriale orientate a una nuova società mondiale. Anziché l'espressione di un legame sociale più o meno intenso ed esteso, la globalizzazione funzionalistico-sistemica appare la manifestazione di un “individualismo di massa”, in cui i soggetti sono

⁸⁶ Cfr. B. Troncarelli, *Rischio, sicurezza e fiducia nella società dell'informazione*, in P. Becchi - L. Scillitani (a cura di), *Fiducia e sicurezza. Un confronto pluridisciplinare*, Soveria Mannelli 2012, pp. 330 ss.

⁸⁷ L. Scillitani, *Amicizia, amore, alleanza: dimensioni fiduciali nelle esperienze di rapporto giuridica e politica*, in *Diritto, politica, geopolitica. Temi e indirizzi di ricerca filosofica*, Soveria Mannelli 2017, p. 71.

⁸⁸ S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, 2^a ed., Milano 1991, p. 144.

⁸⁹ Z. Bauman, *Globalizzazione e glocalizzazione*, tr. it., Roma 2005.

identificabili soprattutto come «*portatori di interessi*»⁹⁰, protesi a far parte di un potere economico ramificato quanto anonimo e impersonale che, non più subordinato alla dimensione geopolitica della territorialità nazionale, tende a divenire «*senza confine*»⁹¹ né identità, in una crescente disgregazione di ogni idea organica di ordine e di società stessa. Fermo restando che l'unità non è assolutizzabile a scapito della diversità, e che sussiste il dovere imprescindibile di riconoscimento della differenza intersoggettiva di individui e collettività, siano esse Stati nazionali o altre formazioni sociali, e di riconoscimento delle legittime aspettative o pretese di ogni singolo elemento rispetto alla totalità di cui è parte, nemmeno la differenza è assolutizzabile senza incorrere in gravi conseguenze di particolarismo indiscriminato. Una visione dialettica adeguatamente complessa e non riduttiva della realtà induce, piuttosto, a ricercare quella difficile eppur indispensabile unità dialetticamente differenziata che non è confondibile con alcuna forma univoca né di differenzialismo né di universalismo.

Non sorprende che il rischio maggiore del modello di globalizzazione prevalso sia un astratto universalismo, costituito sul piano giuridico, nonché socio-politico ed economico, dall'arbitraria elevazione all'universale di una prospettiva intrinsecamente particolaristica. È quanto avviene incorrendo nella riduttiva convinzione che l'idea di cosmopolitismo giuridico corrisponda all'affermazione di diritti radicati su una visione essenzialmente individualistica della realtà umana, aventi nella libertà soggettiva di iniziativa economico-imprenditoriale la loro primaria se non esclusiva espressione. Nel quadro di una sempre più diffusa riduzione in Occidente delle funzioni pubbliche dello Stato a forme di privatizzazione, anche servizi e diritti a impatto fortemente collettivo, come il diritto all'istruzione o alla salute, rischiano essi stessi di diventare in prevalenza prerogative individuali fruibili soprattutto da chi sia in grado di farne una proficua acquisizione di mercato. Tali diritti fondamentali ad alto impatto sociale, meritevoli di essere garantiti dagli organi istituzionali in nome dell'obbligo di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale»⁹² alla realizzazione della libertà e dell'uguaglianza, sono sempre più sottoposti a una logica economicistica e privatistica di mercato basata su un modello escludente di «cittadinanza censitaria»⁹³, legata di fatto alla diversità delle condizioni reddituali dei singoli.

⁹⁰ B. Montanari, *Dalla "Piramide" alla "Rete". Riflessioni conclusive in margine*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2(2014), pp. 371-375.

⁹¹ *Ivi*, p. 373.

⁹² Cost. it., art. 3.

⁹³ S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano 2009, p. 41.

Questi criteri discriminatori non possono essere accettati da un'affinata civiltà giuridica, il cui fondamento si radichi sui diritti al «pieno sviluppo della persona umana»⁹⁴, cioè su istanze non riducibili a quelle sostenute dall'individualismo liberal-liberista permeante le società più avanzate. In tali società, la legittima rivendicazione delle spettanze fondamentali di ogni essere umano rischia infatti di limitarsi a un'affermazione di pretese identitarie, di diritti individuali o presunti tali, tendenzialmente disgiunti e sopraordinati rispetto a quei diritti sociali che sono riassumibili nel basilare diritto, troppo spesso disatteso, a un adeguato sviluppo sociale per ogni Stato e popolo, quale necessaria condizione di tutela senza di cui non può sussistere un reale rispetto degli interessi collettivi oltre che personali. La stessa Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 si estrinseca nel richiamo ai diritti soggettivi dell'individuo, più che ai suoi doveri oggettivi nei confronti dell'alterità e della comunità di riferimento, pur concisamente evocati⁹⁵. L'affermazione di tali diritti individuali, in particolare il diritto alla proprietà e il diritto alla libertà, rappresenta una condizione necessaria, ma non sufficiente per una stabile convivenza sociale, come comprova il fatto che a tale affermazione non ha ancora fatto seguito, dalla modernità fino alla postmodernità, l'attuazione di essi in quanto diritti effettivi di tutti.

Avviene così che l'universalismo solo apparente del modello funzionalistico-sistemico di globalizzazione si disvela sempre più come una forma di netto differenzialismo, in cui ogni parte persegue i propri obiettivi e interessi senza effettiva possibilità di trovare un orizzonte comune. Ciò confligge, in specie, con il significato profondo del diritto inteso come modalità di relazione intersoggettiva fornita di universalizzabilità, che consente di attingere, mediante il concetto di cosmopolitismo giuridico in quanto superamento senza negazione delle categorie tradizionali del diritto giuspositivisticamente inteso e dei suoi correlativi limiti differenziali, una normatività più ampia e inclusiva, propria della moralità insita nel diritto stesso. Solo spingendosi alle frontiere del diritto, e oltrepassandole pur conservandole nella loro ragion d'essere, è possibile cogliere l'idea, null'affatto utopica benché tuttora irrealizzata, di diritto cosmopolitico come nuovo ordine globale o, più esattamente, come globalizzazione anche giuridica, non autoregolata né deregolata, ma fondata su un diritto per principi non confondibile con un "diritto per regole". È un'idea rivolta verso l'affermazione di pochi dettami categorici, vevoli nella loro

⁹⁴ Cost. it., art. 3.

⁹⁵ Cfr. United Nations, *The Universal Declaration of Human Rights*, Paris, 10 December 1948, art. 29, 1.

comprensibilità etico-razionale come punti di incontro tra differenti popoli, valori e culture. Si tratta dei doveri di rispetto della vita dell'altro, di ogni altro, universalizzabili a livello cosmopolitico non in quanto espressioni pratiche di "buon cuore", ma in quanto espressioni non negoziabili di una razionalità etica inclusiva e imparziale, implicante sul piano teoretico il superamento della logica formale dell'identità e del terzo escluso che ha predominato nell'agire sociale dalla modernità fino a oggi.

Alle frontiere ultime del diritto non c'è la fine di esso e l'inizio di qualcos'altro, ma c'è il senso pieno del diritto, che cessa di essere soltanto diritto per farsi anche e soprattutto dovere, c'è un "diritto come dovere" che non è il suo dissolvimento o "rovescio", ma è il diritto più vero, esso sì universalizzabile, al contrario del "diritto come pretesa" elaborato da quella dottrina individualistico-liberale dei diritti umani rivelatasi di ardua realizzazione soprattutto in quelle società arretrate in cui la priorità è ancora riposta in uno sviluppo sociale quale *conditio sine qua non* rispetto alle pur importanti libertà dei singoli. Diversamente dalla dimensione non particolaristica né individualistica del dovere, i diritti possono anche essere intesi ed esercitati come complementari, cioè non propriamente come diritti reciproci di tutti, ma come diritti individuali complementari ai doveri altrui di riconoscerli. Ecco allora che, andando al di là del diritto positivo, statale e internazionale, ossia arrivando alle frontiere dell'ordinamento giuridico vigente, si giunge al paradosso, a suo modo esprimente dialetticità costruttiva, di un diritto che nel farsi altro da sé riscopre appieno se stesso in quanto compiuta normatività, etica oltre che giuridica. In altri termini, il diritto nella sua massima espressione ed estensività cosmopolitica non è, né può essere equiparabile solo al diritto nazionale o internazionale, cioè a un diritto dei soggetti, privati o pubblici, individuali o statali che siano, incentrato su regole e diritti di cui ciascuna parte si applichi a pretendere dagli altri l'osservanza.

A livello cosmopolitico la dinamica si prospetta semplice e complessa al tempo stesso, perché non riguarda più un confronto-scontro tra diritti, pretese e aspettative diverse, ma il riconoscimento proattivo di ciascun io da parte degli altri tramite l'osservanza di un dovere reciproco di rispetto. Per l'adempimento di tale inderogabile dovere, in cui è compendiabile ogni progetto di diritto cosmopolitico, serve non tanto una regolamentazione aggiuntiva a quella già esistente, quanto una delineazione di una carta dei doveri di rango costituzionale, mondialmente condivisa, in cui siano richiamati i principi normativi, etico-giuridici, necessari al consolidamento dei valori umani dell'interculturalità. Questa è tale in quanto "differenza nell'unità", da non confondersi con la multiculturalità del globalismo concepita come "differenza

senza unità”, o meglio come differenza assolutizzata, distruttiva nonché autodistruttiva, esposta a tramutarsi in forme di aspra intolleranza tra elementi molteplici. Si tratta di promuovere, non tanto con la creazione di nuovi istituti giuridici o politici quanto attraverso i noti strumenti delle diplomazie internazionali, gli indispensabili valori di pacifica e proficua relazione tra culture diverse, disincentivando ogni situazione di una loro indifferente o conflittuale compresenza. Un reale processo di globalizzazione non può ridursi a una molteplicità di componenti culturali o etnico-razziali aggregati meccanicisticamente l’uno all’altro, dovendo essere una formazione complessa e in continua interrelazione delle sue parti, eterogenee eppur coese tra loro. Nessuna formazione sociale risulta equiparabile a una somma di singoli elementi, ma è sempre una realtà maggiore dell’insieme delle sue parti, nel quale nondimeno ognuna di esse mantiene il proprio collocamento spazio-temporale come realtà inconfondibile e specifica. Infatti, nell’epistemologia della complessità il principio di totalità non può elidere il principio di individuazione.

Affermare che le frontiere più avanzate del diritto dischiudono un orizzonte etico-normativo, e non solo giuridico-legale, di doverosità e diritti sociali che inducono a oltrepassare la concezione individualistica del diritto come pretesa, e dei diritti come spettanze di libertà personale e di autorealizzazione economica, non significa negare che la dimensione giuridica sviluppatasi nelle liberal-democrazie occidentali, ed emblematicamente espressa dal concetto dello Stato di diritto, abbia concorso a notevoli esiti di avanzamento politico-sociale e valoriale. Anzi, si intende sostenere che il diritto cosmopolitico, pur non essendo *tout court* riconducibile alle categorie portanti del diritto positivo, non comporta affatto il rifiuto, peraltro mai sancito nemmeno dal globalismo economico, delle idee di Stato e di sovranità popolare, ma un ripensamento non necessariamente radicale della tradizione, e delle sue categorie giuridico-politiche, in direzione di una identità nazionale aperta a processi di integrazione sociale⁹⁶.

Resta il fatto che, divergendo dal cosmopolitismo kantiano, nonché neokantiano di Kelsen, Bobbio e Habermas, accomunati in vario modo da un internazionalismo basato sulla critica del particolarismo statale e sulla correlativa idea di un’unificazione politica del globo nella forma di uno Stato

⁹⁶ Sul concetto parsonsiano di «integrazione sociale», distinto dalla «integrazione funzionale», cfr. J. Habermas, *Talcott Parsons: problemi di costruzione della teoria della società*, in *Teoria dell’agire comunicativo*, vol. II, *Critica della ragione funzionalistica*, tr. it., Bologna 1986, pp. 849-867.

mondiale⁹⁷, il diritto cosmopolitico è interpretabile dialetticamente come un livello ulteriore di giuridicità caratterizzato da un netto superamento del diritto statale (delle nazioni) e internazionale (delle genti), ma senza alcuna negazione di tali due livelli, necessari e ineliminabili, dell'ordinamento giuridico. Diversamente, nel cosmopolitismo giuridico di Kant e dei suoi successivi fautori mancano ambedue tali momenti dialettici del superamento e della conservazione, perché nelle loro visioni emerge in primo luogo, anziché il concetto di superamento, un nesso di continuità tra i diversi livelli giuridico-ordinamentali (statale, internazionale e cosmopolitico), comprovato dall'illusoria idea di un superStato mondiale quale precipua espressione del nuovo ordine cosmopolitico; in secondo luogo, anziché il concetto di conservazione, il convincimento non meno illusorio che sia augurabile la fine dei singoli Stati nazionali e, al suo posto, l'avvento di un alternativo assetto sovranazionale su scala planetaria.

Il fatto è che l'universalismo sostenuto da questi autori in chiave di ideale cosmopolitico ispirato al pensiero kantiano ripropone sostanzialmente, alla base di questo alto ideale, i contenuti della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, senza tenere in debito conto che per fornire attuabilità a un ideale come quello cosmopolitico, quasi impossibile da realizzare almeno compiutamente, non si può assumere come piattaforma di valori normativi condivisibili da tutti i soggetti, afro-asiatici ed europei, orientali e occidentali, una simile carta dei diritti, di grande rilevanza ma pur sempre storicamente determinata ed elaborata nel secondo dopoguerra in prospettiva individualistico-liberale dalle grandi potenze vincitrici. Ne è una conferma la nota polemica sui «valori asiatici» emersa nel corso della Conferenza delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo, tenuta a Vienna allo scopo di aggiornare la Dichiarazione universale del 1948⁹⁸. In quella occasione, i delegati di gran parte dei Paesi asiatici hanno contestato la tesi dei delegati europei e nordamericani sull'universalità dei diritti fondamentali, sottolineando il carattere fortemente occidentale delle proclamazioni di quei diritti, a fronte dell'esistenza di valori specificamente asiatici quali disciplina, ordine e coesione sociale, contrastanti con l'individualismo universalistico dei diritti affermati dall'ONU. Non quindi un approccio propriamente cosmopolitico, ma semmai internazionalistico, pervaso da una sorta di macro-particolarismi, è il

⁹⁷ Cfr. D. Zolo, *Universalismo etico e pacifismo cosmopolitico nella tradizione kantiana. Una critica realistica*, in L. Tundo Ferente (a cura di), *Cosmopolitismo contemporaneo. Moralità, politica, economia*, Perugia 2009, pp. 39-60.

⁹⁸ United Nations, *Vienna Declaration and Programme of Action*, adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993.

fondamento di quei «diritti senza diritto»⁹⁹ formulati nell'interesse di individui assolutizzati e autoreferenziali. Ne è derivato il multiculturalismo, solo in apparenza unitario, della globalizzazione economica postmoderna, caratterizzata dal predominio di soggetti statali industrializzati e tecnologicamente avanzati su quelli meno sviluppati, con frequente emersione di disparità sociali e conflittualità politiche non aliene da fenomeni di intolleranza, anche su base religiosa.

Il cosmopolitismo giuridico a cui si fa riferimento è, invece, ravvisabile agli estremi confini del diritto, o meglio a quelle sue lontane frontiere metaforiche in cui si può prefigurare il pieno compimento del diritto stesso come attività non limitata allo stretto ambito formalistico-procedurale, ma aperta a una normatività, giuridica oltre che metagiuridica, rispondente alla complessità del mondo umano, in cui tutto è collegato a tutto, e in cui tutto è in ogni parte. È in questione un ideale cosmopolitico molto elevato eppure meno impegnativo di quanto si presuma, perché progettabile non già mediante altre norme o istituzioni giuridico-legali, ma attraverso principi e valori di fondo a cui ricondurre le stesse produzioni normative e istituzionali esistenti. Tale idea di cosmopolitismo è costituita da principi e valori, peraltro pochi e sinteticamente esprimibili, che attendono di essere riconosciuti e integrati in modo più esteso possibile in ogni assetto giuridico-ordinamentale, per reperire in essi un terreno di convergenza tra diritti e valori diversi¹⁰⁰, tra diritto allo sviluppo sociale basato sul primato degli interessi collettivi e diritti di libertà individuale. Si tratta per lo più di reperire principi riconducibili a un concetto di diritto inteso, per certi aspetti paradossalmente, come dovere, e non più solo come pretesa, cioè a un concetto di diritto il cui basilare imperativo sia l'obbligo di rispetto incondizionato e universale della vita e dignità umana, al quale siano tenuti tutti i soggetti individuali e statali, pur nelle loro diversità.

Solo alle frontiere del diritto emerge appieno la logica complessa e polivalente del dovere normativo, etico non meno che giuridico, atta a completare, integrandola, la logica formale e binaria del puro diritto come ambito del dover essere esclusivamente giuridico-legale. Stando infatti ai limiti del diritto nella sua rigida specificità, ossia alla logica del diritto come pretesa, in cui i diritti stanno da una parte e i doveri dall'altra, cioè alla logica del "mio diritto" a cui corrisponde il "tuo dovere" di riconoscerlo, l'ideale della società mondiale, cosmopolitica e pacifica, è destinata a rimanere per sempre un miraggio. E ciò

⁹⁹ M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino 2010, pp. 149 ss.

¹⁰⁰ Cfr. A. Sen, *Diritti umani e valori asiatici*, in *Laicismo indiano*, tr. it., Milano 1998, pp. 147 ss.

accade non perché il diritto non sia determinante e, anzi, indispensabile, nel regolamentare al meglio la relazionalità degli uomini anche a livello internazionale, ma perché il diritto imperniato sulla concezione del diritto e dei diritti umani come rivendicazione pur legittima di spettanze individuali di fronte ad altre spettanze individuali, risulta un assunto inidoneo ai risultati attesi, come confermato dai fatti, recenti e non. Se si rimanga nella logica antagonistica del confronto-scontro tra molteplici interessi o pretese particolari il problema di una reale tutela della giustizia per cittadini e popoli non potrà mai risolversi in un'affermazione di vero universalismo, o meglio di cosmopolitismo etico-giuridico oltre che economico. Si tratta di compiere un salto di qualità, che permetta non solo il rispetto delle regole e della legalità, ma anche l'avvento di un'inedita responsabilità collettiva, tale per cui gli stessi diritti individuali non siano gli unici obiettivi perseguiti, ma siano ricompresi e attuati nell'ambito dei doveri sociali di ciascuno verso tutti, ossia nell'ambito di una eticità metaindividuale in cui trovi luogo il diritto stesso dei singoli.

In un contesto di cosmopolitismo giuridico, la questione cruciale delle migrazioni di popolazioni afro-asiatiche verso l'Europa acquista un carattere più complesso di quello in genere percepito, perché in tale prospettiva rientra non solo la volontà morale soggettiva, propria di ciascun individuo che sia in grado di avvertirla, ma un'etica razionale oggettiva secondo cui, oltre alla normatività giuridica e alla stessa normatività morale operante nei singoli, entrambe convergenti nella normatività dei diritti individuali, sussiste la dimensione del dovere metagiuridico che ognuno è chiamato a osservare quando si affermi il piano di un universalismo realmente tale, che ricomprende in sé anche la logica dei diritti individuali, ma che non si esaurisce né si identifica in essa. Alla luce di quella contraddizione in termini che è il concetto di diritto inteso come dovere, si ha allora sì un kantiano «diritto di visita»¹⁰¹ da riconoscere a ogni essere umano che intenda muoversi per l'intero globo terrestre, e un diritto di asilo per coloro che fuggano dalla guerra e dalla fame, ma più a monte si ha un dovere di pacifica coesistenza interculturale, più che di caotica convivenza multiculturale. In una società globale ispirata alla logica ancora sommatoria e meccanicistica del multiculturalismo, non realmente cosmopolitica e interculturale, l'individualismo dei diritti rischia di promuovere, anziché espressioni di unità nella differenza, un agglomerato di individui e di popoli come mera compresenza di tante differenze etnico-

¹⁰¹ I. Kant, *Per la pace perpetua*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, cit., p. 302.

culturali estranee se non ostili l'una all'altra, tendenti alla nichilistica scomparsa di una sostenibile distribuzione geopolitica di esse.

Non è questo il significato dell'interculturalismo, che risiede piuttosto in uno spostamento di baricentro dai diritti ai doveri, entro un cosmopolitismo giuridico in cui il dovere di aiuto verso soggetti deboli, individuali o statali che siano, viene ricondotto non già alla dinamica delle pretese soggettive pur legittimamente esigibili, ma alla dinamica dei doveri oggettivi, essi sì pienamente reciproci e universalizzabili, in cui tutti devono attenersi a pochi eppur fondamentali principi di pacifica coesistenza interumana sotto il coordinamento di una Organizzazione delle Nazioni Unite radicalmente rinnovata in direzione di un potere decisionale maggiore e più equamente distribuito tra gli Stati, inclusi quelli meno influenti e più economicamente arretrati. Anche prendendo atto che una giustizia planetaria sia «auspicabile, ma mai avvenuta nel passato e le cui probabilità di realizzazione futura nel breve e nel medio periodo sono a tutt'oggi molto limitate»¹⁰², l'ONU potrebbe operare, se adeguatamente riformato e potenziato, per il rispetto effettivo di principi normativi condivisi, in modo da garantire anche l'osservanza del principio di «ingerenza umanitaria»¹⁰³ nei casi di salvaguardia dei diritti di singole persone e/o di comunità esposte a violenze e bisognose di aiuto, senza però negare né le prerogative di sovranità e di potestà legislativa dei singoli Stati, né la sussistenza del diritto internazionale, che il diritto cosmopolitico rappresentato dall'ONU avrebbe il compito di integrare con un sempre più concreto impegno in materia di cooperazione mondiale e di promozione attiva dei diritti fondamentali di tutti. Ma ciò comporta una nuova cultura dei doveri oltre che dei diritti, indispensabile non soltanto per non nuocere agli altri, ma per creare le condizioni atte a incentivare lo sviluppo sociale e un miglioramento di qualità della vita materiale di ogni essere umano, in quanto cittadino del mondo oltre che di un determinato Stato.

Non solo. Il diritto cosmopoliticamente orientato non può fermarsi alla tutela dei diritti di una sola parte, fosse anche la più vulnerabile, ma comporta il riconoscimento, fattibile anche senza ricorrere a strumenti giuridico-istituzionali diversi da quelli già disponibili, di un diritto per principi che, andando oltre l'apporto del pensiero kantiano e neokantiano, consideri l'«inclusione dell'altro» come un fine non già rivolto «anche – e soprattutto - a

¹⁰² F. D'Agostino, *Giustizia. Elementi per una teoria*, Cinisello Balsamo 2006, p. 43.

¹⁰³ AA.VV., *L'ingerenza umanitaria tra protezione dei diritti e realismo* (Dossier), in *Quaderni di Relazioni Internazionali*, 15(2011), pp. 3-65.

coloro che sono reciprocamente estranei e che estranei vogliono rimanere»¹⁰⁴, ma formulato per tutti coloro i quali, stranieri o meno, non si autoescludano da soli, e dimostrino di non essere chiusi nei loro particolarismi. L'idea del cosmopolitismo giuridico, e non solo economico, fondata su un intento inclusivo rivolto a una integrazione sociale più ampia possibile, non può infatti comportare un incondizionato riconoscimento di diritti a coloro che «si propongono di restare “estranei” alla comunità nella quale entrano sino al punto di contestarne, almeno in parte, gli stessi principi»¹⁰⁵, e da contravvenire al progetto di un pluralismo interculturale come relazione di solidale coesistenza. Ciò significa fare in modo che stranieri e nativi diventino tutti ugualmente “soggetti al diritto”, non solo nel senso riduttivo di passivi destinatari di regole, ma nel senso costruttivo di portatori responsabili di obblighi giuridico-sociali, reciproci seppur modulati a seconda delle diverse condizioni esistenziali, senza limitarsi a essere esclusivamente “soggetti di diritto” e di diritti individuali da esigere per se stessi, come avviene se non si inizi a muovere dai doveri sociali di tutti e di ciascuno, in grado di ricomprendere in sé i diritti individuali stessi, secondo un ordine cosmopolitico che senza sovvertire le istituzioni vigenti miri a superarne i limiti senza negarle, e a integrare sia il diritto statale sia il diritto internazionale mediante l'affermazione di una nuova giuridicità sovranazionale alla base di un grande progetto di democrazia mondiale¹⁰⁶. È questo un cosmopolitismo configurabile solo spingendosi metaforicamente fino alle estreme sponde o frontiere del diritto, laddove l'ordine si fa tanto giuridico quanto etico, tanto diritto quanto dovere, fermo restando che in tale ordine i doveri sociali implicano i diritti individuali, ma non viceversa, perché i diritti individuali possono talora prescindere dai diritti e doveri sociali.

Che nondimeno si tratti di un ordine sostanzialmente giuridico, è comprovato dalla considerazione secondo cui i rischi rappresentati da eventuali abusi sarebbero inevitabili in un simile ordine se i principi del *rule of law* come garanzia di limitazione del potere non venissero applicati anche a tale massimo livello ordinamentale, o venissero fraintesi nei termini di una razionalità giuridica esclusivamente formalistico-procedurale. In particolare, sarebbero rischi difficili da scongiurare se tale ordine globale, anziché tendere a integrare imparzialmente l'organizzazione degli Stati, mirasse a prevaricare i soggetti

¹⁰⁴ J. Habermas, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, tr. it., Milano 1998, p. 10.

¹⁰⁵ G. Sartori, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, 3ª ed., Milano 2007, p. 50.

¹⁰⁶ Cfr. D. Archibugi, *Cittadini del mondo. Verso una democrazia cosmopolitica*, Milano 2009, pp. 123-125.

statali mediante disposizioni, procedure o istituzioni sovranazionali formalmente valide ma mancanti di una legittimità sostanziale o di una delega politica da parte dei soggetti coinvolti, ragion per cui una delle principali problematiche comportate dall'ordine cosmopolitico consiste nella «ricerca di una necessaria investitura di poteri pubblici così ampi e sviluppati»¹⁰⁷. Ciò conferma, in ogni caso, che il principio di sovranità nazionale non è eludibile, e che proprio muovendo dalla sua riaffermazione si può procedere verso un orizzonte più vasto in cui ricomprendere la stessa dimensione politico-giuridica della statualità, non solo sul piano dei diritti dell'uomo oltre che del cittadino, ma soprattutto sul piano superiore, pienamente universalistico e cosmopolitico, dei doveri sociali e individuali.

Abstract. The paper intends to present the principle of national sovereignty as an essential factor for the transition from a reductive model of globalization, in which the identity of individuals and States tends to be absorbed in the impersonal dynamics of economics and finance, to an ideal model of globalization organically understood in terms of juridical cosmopolitanism, able to overcome, without any negation, both the national level and the international level of human society in the direction of a further, properly supranational, level. It is the cosmopolitan idea of realizing, through the intrinsic diffusivity or universality of the fundamental principles of law, the basic dialectical nexus of “unity in difference”, making possible a new relationship between whole and parts, world community and national dimension. This means that in a true juridical and cosmopolitan globalization the prerogatives of sovereignty and self-determination of every people are adequately guaranteed, of course within the limits of the duties of peaceful coexistence and solidarity dictated by the ethical rationality of law and by a more balanced internationalism than the current one.

Keywords. Economic globalization, national sovereignty, European Union, juridical cosmopolitanism.

¹⁰⁷ S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino 2009, p. 12.

Claudio Sarteà

*Ricercatore di Filosofia del Diritto, Università degli Studi di Roma Tor
Vergata*

Gli equivoci della dignità umana ed il fondamento della biogiuridica*

The misunderstandings of human dignity and the foundation of bio-law

SOMMARIO: 1. Premessa terminologica: secolarizzazione, secolarismo e dignità umana. - 2. Alle origini del principio dignitario: una brevissima genealogia dalla *Oratio* di Pico all'autonomia kantiana. - 3. Dignità, libertà e diritto: antecedenze e struttura. - 4. La normatività dignitaria della condizione umana. - 5. La giurisprudenza di Strasburgo sulla dignità di malattia e vecchiaia. - 6. Il rischio del feticismo della vita biologica. - 7. Conclusione.

1. Premessa terminologica: secolarizzazione, secolarismo e dignità umana.

Non posso dire di appartenere al pur foltissimo novero dei fautori entusiastici della dignità umana. Non certo perché personalmente la disprezzi, tutt'altro: si tratta di una parola splendida, come splendida è la sua semantica. Il problema è che si usa questo concetto secondo significati molto diversi, e persino contraddittori: con un esito paradossale, quello di mettere la dignità al servizio della negazione dell'uomo, come avviene per esempio ogniqualvolta si parla di morte *degna* per indicare l'eutanasia¹, o di vite dannose e dunque *indegne* per giustificare la soppressione di feti malformati² o frutto di violenza; ma si pensi

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Persino nelle proposte di legge, come quella approvata dalla Comunità Autonoma Andalusia con la legge Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte.

² Qualche anno fa, forse con intento provocatorio, Richard Dawkins ha cercato di affermare il dovere morale dei genitori di concepiti gravemente malformati, di sopprimerli in utero prima che costituiscano un importante costo sociale. La vicenda suscitò un certo clamore, anche per l'offesa che veicolava a bimbi ed adulti disabili ed alle loro associazioni: ad una donna che gli chiedeva cosa fare in caso di gestazione di un feto gravemente malato ("I honestly don't know what I would do if I were pregnant with a kid with Down Syndrome. Real ethical dilemma"), il biologo inglese rispose seccamente: "Abort it and try again. It would be immoral to bring it into the world if you have the choice" (20 agosto 2014). Sul problema, che anche in ambito

anche all'espressione, sempre più ricorrente, "dignità degli animali", tranquillamente posta da alcuni allo stesso livello di quella umana³, confondendo fatalmente i discorsi e rendendo di fatto inservibile o pressoché inutile il concetto sul piano normativo.

Varie possono essere le radici culturali di questo paradosso, ma credo che siano tutte accomunate dalla semantica del termine. Dignità è di per sé un concetto *soggettivo*: che una cosa, una persona, un'azione, siano degne o indegne, lo stabilisce una valutazione, un giudizio di meritevolezza; è dunque sempre un individuo che decide se una cosa o una persona è degna o indegna, giustificando il suo giudizio in termini più o meno ragionevoli, più o meno persuasivi, più o meno basati su elementi oggettivi. Attribuire pertanto alla dignità la valenza di un criterio obiettivo e di un ancoraggio stabile poteva andare benissimo allo scopo di fondare il diritto⁴ ed i diritti umani, quando era diffusa e dominante la fede in un Dio personale: in tal caso infatti la potente

strettamente giuridico solleva rilevanti perplessità nonostante il suo uso quasi generalizzato in giurisprudenza, si vedano criticamente F. Reggio, *'A volte vorrei non essere mai nato'*. Alcuni appunti in materia di *'risarcimento da nascita indesiderata'*, in F. Zanuso (a cura di), *Diritto e desiderio. Riflessioni biogiuridiche*, FrancoAngeli, Milano 2015, e S. Bauzon, *La persona biogiuridica*, Giappichelli, Torino 2007 (quest'ultimo con specifico riferimento al cosiddetto "affaire Perruche", che fu il primo caso di richiesta di danno da nascita indesiderata giunto alla ribalta della cronaca giudiziaria internazionale).

³ È noto il pensiero di Peter Singer, bioeticista australiano che insegna a Princeton, US: "Scimpanzé, cani, maiali, così come i membri adulti di molte altre specie, superano di gran lunga il neonato cerebroleso in quanto a capacità di avere relazioni con gli altri, di agire in modo indipendente, di essere autocoscienti, così come in qualsiasi altra abilità di cui si possa dire che dà valore alla vita" (P. Singer, *Liberazione animale. Il manifesto di un movimento diffuso in tutto il mondo*, (1975), trad. it. di E. Ferreri, Il Saggiatore, Milano 2015). Le ruvide affermazioni di Singer sono in realtà un plagio di quel che due secoli prima di lui già diceva Jeremy Bentham, secondo il quale "un cavallo o un cane adulti sono senza paragone più razionali e più comunicativi di un bambino di un giorno, di una settimana o persino di un mese" (J. Bentham, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, seconda edizione, 1823, capitolo 17, note). Sul piano istituzionale, l'animalismo ha trovato la sua più compiuta (e paradossale) manifestazione giuridica nella "Dichiarazione universale dei diritti degli animali", priva di valore legale ma sottoscritta presso la Sede UNESCO dell'ONU (Parigi) il 15 ottobre del 1978. Per capire di che cosa si tratta si leggano per esempio l'art. 10: "(a) Nessun animale deve essere usato per il divertimento dell'uomo. b) Le esibizioni di animali e gli spettacoli che utilizzano degli animali sono incompatibili con la dignità dell'animale)", l'art. 11: "Ogni atto che comporti l'uccisione di un animale senza necessità è un biocidio, cioè un delitto contro la vita", ed il conclusivo art. 14: "(a) Le associazioni di protezione e di salvaguardia degli animali devono essere rappresentate a livello governativo. b) I diritti dell'animale devono essere difesi dalla legge come i diritti dell'uomo)".

⁴ Come sintetizza Robert Spaemann: "La dignità non è una proprietà tra altri dati empirici. Né dovremmo dire che è un diritto dell'uomo veder rispettata la propria dignità, che è piuttosto il motivo metafisico per cui gli esseri umani hanno diritti e doveri" (R. Spaemann, *La dignità dell'uomo e la natura umana*, in Id., *Tre lezioni sulla dignità della vita umana*, Lindau, Torino 2009, p. 47).

idea della creazione intenzionale ed amorevole faceva sì che la semplice esistenza di un essere, ed a maggior ragione di un essere umano, lo giustificasse, lo dignificasse, perché voluto da Dio e da Costui giudicato meritevole (di creazione, di permanenza nell'essere, di redenzione), e dunque radicalmente ed indiscutibilmente *degn*.

Questa trascendenza si è però smarrita con il secolarismo, che ha preso il posto della secolarizzazione nella postmodernità che è il nostro ambiente culturale. Ritengo si tratti di due processi ben diversi: la *secolarizzazione* coincide con il disincanto del mondo⁵, ma non nel senso agnostico o antireligioso, perché al contrario essa inverte il biblico affidamento della creazione agli uomini⁶, più che mai sotto i nostri occhi oggi per via del vertiginoso sviluppo delle biotecnologie. Perciò, la secolarizzazione in quanto tale non è di per sé estranea ai progetti di Dio, nella prospettiva cristiana, né risulta definitivamente incompatibile con la lettura religiosa della storia e del progresso (almeno se non si fa riduttivamente coincidere il progresso con istanze di emancipazione, magari proprio dalla religione). Il *secolarismo*, invece, è la lettura ideologica della secolarizzazione: e l'idea trainante di questa ideologia, oggi diffusissima, è che gli uomini possono benissimo fare a meno di Dio, che è possibile immaginare il mondo, la convivenza sociale, la vita personale, *etsi daremus Deus non esse* (secondo la ripetuta ipotesi mentale formulata da Grozio nei *Prolegomeni* al suo capolavoro del 1625), ed anzi, come insinuano alcuni, che senza Dio gli uomini starebbero persino meglio, perché alla proclamazione dell'esistenza di Dio ed alla fede di alcuni in Lui sarebbero da attribuire i fanatismi (e dunque l'integralismo violento e guerrafondaio di talune manifestazioni religiose), oppure le ipocrisie e le mascherazioni del male (come lo scandalo, spesso esagerato ma certo non inventato, della pedofilia di alcuni ministri di culto).

⁵ Per usare l'espressione che Weber riferisce alla mondanizzazione protestante (e segnatamente calvinista) della fede cristiana, in una con la rivoluzione galileiana e la matematizzazione deteleologizzante della conoscenza della natura: si vedano soprattutto M. Weber, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, (1922), trad. it. di P. Burresi, Sansoni, Firenze 1965, e M. Weber, *La scienza come professione. La politica come professione*, (1919), trad. it. di P. Rossi e F. Tuccari, Mondadori, Milano 2006. Sul recupero del finalismo nella biologia e nella filosofia della natura è di grande interesse lo studio di R. Spaemann e R. Löw, *Fini naturali. Storia & riscoperta del pensiero teleologico*, (2005), trad. it. di L. Allodi e G. Miranda, Ares, Milano 2013. Sul ritorno delle fedi ed i processi di "reincantamento del mondo", la letteratura (soprattutto sociologica) è vastissima; per un'ampia ricognizione di ambo i processi sul piano della filosofia della cultura (occidentale), si veda C. Taylor, *L'età secolare*, (2007), trad. it. di P. Costa, Feltrinelli, Milano 2009.

⁶ Genesi II, 15.

In altre parole, quando parliamo di dignità ci troveremmo dinnanzi ad un'applicazione ben illustrativa del cosiddetto "teorema di Böckenförde", formulato nel 1967: "Lo Stato liberale, secolarizzato, vive di presupposti che esso di per sé non può garantire"⁷. È difficile negare che tra questi presupposti (certamente normativi) vi sia la dignità umana, da molti pensata come fonte dei diritti umani e quindi come fondamento della protezione giuridica dell'individuo: tanti ne sono convinti, tanti ne parlano con slancio oratorio e sicura fermezza, tanti la invocano contro le sue violazioni più clamorose (dalla tratta degli esseri umani al flagello delle carestie o delle persecuzioni religiose); nessuno però, o ben pochi, sono in grado di spiegare in che cosa essa consista, quali ne siano le ragioni fondanti, perché sarebbe così incrollabile ed inviolabile, senza ricorrere a concezioni trascendenti – a cui quasi tutti hanno preliminarmente dichiarato di rinunciare, in omaggio consapevole o inconsapevole al secolarismo dominante.

Alla fine, nessuno stupore che per molti la dignità possa pacificamente convivere negli ordinamenti con azioni che costituiscono dirette violazioni dei suoi contenuti normativi: si pensi all'aborto volontario, che è stato legalizzato in quasi tutti gli ordinamenti giuridici del mondo, ma nega frontalmente la dignità dell'essere umano nella fase gestazionale, o anche alla maternità surrogata, di cui è arduo fornire una lettura dignitaria ma che numerosi sistemi legali riconoscono e non pochi altri vorrebbero legittimare⁸, o anche alla soppressione di disabili o infermi in stato di minima coscienza⁹, sulla base

⁷ E.-W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, trad. it. di M. Carpitelli, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 53. Per un'ampia e corale riflessione su questi problemi può consultarsi il numero monografico di *Persona y Derecho*, n. 77 del 2017, intitolato *Creencias y Derechos: más allá del secularismo*.

⁸ La maternità surrogata è pienamente legale, cioè può costituire il contenuto di un contratto approvato dalla legge e difendibile in tribunale, anche nella sua forma lucrativa in numerosi Paesi (come Sudafrica, Russia, Florida), e limitatamente alla sua forma cosiddetta oblativa in altri (come il Portogallo, il Regno Unito, il Canada, l'Australia). In Italia il Comitato Nazionale per la Bioetica ha preso le distanze dalla versione commerciale della pratica in una mozione del 18 marzo 2016, riservandosi di meglio meditare sulla versione gratuita.

⁹ Al primo congresso mondiale di bioetica, nel 1992, H.M. Kuitert presentò una relazione dal titolo *Euthanasia in Holland: a Practice and its Justification*. La *lecture* produsse molto sconcerto, giacché per giustificare l'eutanasia come prassi abituale in Olanda (pochi anni dopo il suo Paese avrebbe approvato la prima legge eutanassica del mondo), questo autore fece appello all'autodeterminazione del paziente ma dovette riconoscere, dati ufficiali alla mano, che su 2.300 casi di eutanasia nell'anno precedente, 1.000 erano stati praticati senza esplicito consenso degli interessati, ritenuti privi della capacità di manifestarlo per patologie incompatibili con la coscienza (stati vegetativi persistenti, coma, incapacità d'intendere e di volere). Ne ho notizia grazie a F. D'Agostino, *Eutanasia*, in Id., *Parole di bioetica*, Giappichelli, Torino 2004.

delle decisioni argomentate in termini dignitari e prese per loro da tutori o rappresentanti o in virtù di un consenso presunto, e così via¹⁰.

2. Alle origini del principio dignitario: una brevissima genealogia dalla Oratio di Pico all'autonomia kantiana.

Nonostante tutto questo, è da ritenere che il concetto di dignità umana continui a costituire uno strumento indispensabile: almeno in quanto luogo di incontro tra visioni del mondo per molti altri aspetti inconciliabili, e dunque possibile dimora di un dialogo sul fondamento dei diritti umani, giacché per lo meno terminologicamente persino quelli che rifiutano qualsiasi discorso aperto al trascendente ammettono il riferimento alla dignità come fonte dei diritti umani e motivo della loro inviolabilità ed indisponibilità. Per queste ragioni, il concetto di dignità continua ad offrire un valido terreno comune d'incontro, praticamente universale¹¹.

Un analogo tentativo, a ben vedere, troviamo alle origini di quest'uso concettuale della parola, quando in pieno Rinascimento italiano Pico della Mirandola pronunciò la memorabile *Oratio de Dignitate Hominis* (1496)¹². È probabilmente con questo discorso che la parola “dignità” uscì dal vocabolario sociologico (ove indicava i gradi nobiliari ed i ruoli familiari), per entrare definitivamente nel linguaggio filosofico: e si tratta proprio di un discorso pronunciato per mostrare la continuità della rivelazione cristiana rispetto alla

¹⁰ Una potente sintesi storico-filosofica di questa involuzione l'ho trovata in S. Frank, *Il significato storico e religioso della rivoluzione russa*, in appendice a A. Dell'Asta - M. Carletti - G. Parravicini, *Russia 1917. Il sogno infranto di un 'mondo mai visto'*, La Casa di Matriona, Ravenna 2017, p. 182: “Sia la fede protestante nella dignità religiosa dello spirito umano, sia l'istintiva percezione rinascimentale della potenza creatrice dell'uomo, e perfino la fede razionalista – alla sua base ancor religiosa – nella ‘luce interiore della verità’ che si rivela alla ragione umana, vengono sostituite da una fede umanistica, vuota e priva di ogni contenuto spirituale concreto, nell'uomo in generale e nella sua nobiltà morale, nell'umanitarismo e nel suo sviluppo progressivo”.

¹¹ Più ancora che quello di Norberto Bobbio (convinto che “i diritti dell'uomo son un problema politico, non filosofico: vanno difesi, non fondati”: N. Bobbio, *Le età dei diritti. Dodici lezioni sui diritti fondamentali*, Einaudi, Torino, 1990, p.), questo pragmatismo richiama l'atteggiamento di Jacques Maritain, che presiedeva il Comitato UNESCO dei Filosofi nella fase di consulenza ai lavori di redazione della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani ONU del 1948, e che a chi si sorprende del fatto che si fosse infine riusciti a far convergere verso un unico testo i rappresentanti di culture, sensibilità e religioni tanto diverse, rispondeva: “Sì, siamo riusciti a metterci d'accordo, ma a condizione che nessuno chieda perché” (cfr. J. Maritain, *Introduction*, in AA.VV., *Human Rights: Comments and Interpretations*, UNESCO ed., New York 1949).

¹² G. Pico della Mirandola, *De hominis dignitate*, a cura di E. Garin, Introduzione di M. Ciliberto, Edizioni della Normale, Pisa 2017.

prospettiva pagana (del mito e della filosofia classica, greca e latina in particolare, ma anche delle coeve tradizioni indiane e mediorientali). È proprio da questo autore del Rinascimento italiano che comincia a divenire abituale l'identificazione della speciale dignità umana nella creazione divina con la *libertà* di cui Dio ha dotato questa sua creatura: “Stabili finalmente l’ottimo artefice che a colui cui nulla poteva dare di proprio fosse comune tutto ciò che aveva singolarmente assegnato agli altri. Perciò accolse l’uomo come opera di natura indefinita e postolo nel cuore del mondo così gli parlò: ‘Non ti ho dato, o Adamo, né un posto determinato, né un aspetto proprio, né alcuna prerogativa tua, perché quel posto, quell’aspetto, quelle prerogative che tu desidererai, tutto secondo il tuo voto e il tuo consiglio ottenga e conservi. La natura limitata degli altri è contenuta entro leggi da me prescritte. Tu te la determinerai da nessuna barriera costretto, secondo il tuo arbitrio, alla cui potestà ti consegnai. Ti posi nel mezzo del mondo perché di là meglio tu scorgessi tutto ciò che è nel mondo. Non ti ho fatto né celeste né terreno, né mortale né immortale, perché da te stesso quasi libero e sovrano artefice ti plasmassi e ti scolpissi nella forma che avevi prescelto”¹³.

Tre secoli dopo, nel 1785, Immanuel Kant nella *Fondazione della metafisica dei costumi* assumeva il principio dignitario come l’elemento chiave per la distinzione (fondamentale per la riflessione etica, giuridica e politica) tra persone e cose: e non doveva fare altro, per conseguirlo, che sviluppare la tesi di Pico¹⁴. “Gli esseri la cui esistenza riposa non sulla nostra volontà, bensì sulla natura, hanno anch’essi, se sono esseri privi di ragione, solo un valore relativo, come mezzi, e si chiamano perciò *cose*, dove al contrario gli esseri razionali sono chiamati *persone*, perché la loro natura li contraddistingue già come fini in se stessi, ossia come qualcosa che non può essere usato semplicemente come mezzo, e in conseguenza limita ogni arbitrio (ed è un oggetto del rispetto)”¹⁵.

Da queste premesse scaturivano poi le celebri espressioni di Kant sulla dignità, che possiamo considerare davvero la matrice filosofica del preambolo di tante Costituzioni nazionali e Dichiarazioni internazionali dei diritti umani¹⁶: “Nel

¹³ La citazione è alle pp. 5 e ss. della versione consultata.

¹⁴ Per un percorso filosofico di approfondimento si veda G. Turco, *Dignità e diritti. Un bivio filosofico-giuridico*, Giappichelli, Torino 2018, e prima di lui U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Laterza, Roma-Bari 2009.

¹⁵ I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, (1785), trad. it. di F. Gonelli, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 89.

¹⁶ Si pensi esemplarmente alla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, siglata dall’ONU nel 1948 (le prime parole del Preambolo sono sul punto inequivocabili: “Considerato che il riconoscimento della *dignità* inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti,

regno dei fini tutto ha un *prezzo* o una *dignità*. Ciò che ha un prezzo può essere sostituito con qualcos'altro come *equivalente*. Ciò che invece non ha prezzo, e dunque non ammette alcun equivalente, ha una dignità. Ciò che si riferisce alle generali inclinazioni e bisogni umani ha un *prezzo di mercato*; ciò che, anche senza presupporre un bisogno, è conforme ad un certo gusto, ossia ad una compiacenza per il puro gioco senza scopo delle forze del nostro animo, ha un *prezzo di affezione*; ma ciò che costituisce la condizione sotto la quale, soltanto, qualcosa può essere fine in se stesso, non ha semplicemente un valore relativo, ossia un prezzo, ma un valore intrinseco, ossia *dignità*¹⁷. Come conclude il filosofo tedesco, “l'*autonomia* è dunque il fondamento della dignità della natura umana e di ogni natura razionale”¹⁸.

Occorre notare che Kant parla di “natura umana”, e non del singolo essere umano: se ne può inferire che anche quando l'individuo presenta anomalie psicofisiche o tiene comportamenti che chiameremmo “indegni”, non viene intaccata la dignità che gli compete in quanto membro della specie umana. Questo punto è da ritenersi cruciale, sul crinale tra visione obiettivista e visione soggettivista: se infatti ipotizzassimo (come fanno alcuni), che la dignità possa essere perduta, dovremmo anche accettare che la dignità debba essere guadagnata, che vi siano condizioni e requisiti a cui è subordinato l'accesso alla dignità umana, e che vi sia qualcuno dotato del potere di ponderare la sussistenza di detti requisiti e condizioni, e di conseguenza incaricato di attribuire (conferire) o negare la dignità umana. Questo qualcuno, conseguentemente, verrebbe a trovarsi in una posizione di superiorità rispetto a tutti coloro che sono sottoposti al suo giudizio: un giudizio, è bene ricordarlo, da cui dipende la soggettività giuridica del giudicato, e dunque la sua titolarità di diritti e doveri, la sua pienezza di umanità nella sfera giuridica e politica. La domanda è allora radicale: come si legittimano un simile potere ed il suo detentore? Quali criteri applicherà costui nel suo fatale giudizio? È sufficiente che sia un soggetto collettivo e non individuale, magari la mitica maggioranza

uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo”); ma si veda più recentemente lo stesso titolo completo della cosiddetta Convenzione di Oviedo, del 1997 (considerato da molti il primo trattato internazionale di bioetica): “Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della *dignità* dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina”.

¹⁷ I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, cit., p. 103.

¹⁸ I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, cit., p. 105. Commenta con profondità questi passi kantiani un filosofo italiano contemporaneo, ottimo conoscitore del pensatore tedesco: “La peculiare ‘dignità dell'uomo’, non si radica nel fatto psicologico di avere intenzioni, bensì nel punto di origine dell'intenzione, come libertà originaria, non rappresentabile in forma di oggetto” (V. Mathieu, *Privacy e dignità umana. Una teoria della persona*, Giappichelli, Torino 2004, p. 113).

(la *volonté générale* di Jean-Jacques Rousseau), per accreditarlo e fondare tale potere sui suoi simili, letteralmente di vita e di morte?

Con analoghi risultati anche autori a noi molto più vicini nel tempo hanno costruito il concetto dignitario come bastione difensivo dell'umanità in termini affini a quelli kantiani, magari in riferimento a problemi specifici: scrive per esempio Jürgen Habermas, per criticare l'eugenetica liberale e le sue recenti aperture alla manipolazione del genoma umano a fini perfettivi, che "il sé di quel 'fine in sé' che si deve sempre rispettare nell'altro si esprime soprattutto nella possibilità di essere considerato l'autore di una condotta di vita orientata su pretese proprie. Ciascuno interpreta il mondo nella prospettiva sua, agisce per motivi suoi, disegna progetti propri, persegue interessi ed intenzioni sue, è la fonte di richieste autentiche"¹⁹.

Ragionamenti come questo chiariscono il punto essenziale, e cioè che la dignità o viene assunta *in termini oggettivi ed assoluti* (col problema, ovviamente, di spiegare come possano simili termini fondarsi: problema insolubile in termini secolaristici, come abbiamo già acquisito), oppure è un concetto giuridicamente inutile, o almeno anodino. Cogliendo l'identità del concetto di personalità con quello di dignità umana, con Robert Spaemann dobbiamo dunque concludere che "può e deve aversi un unico criterio per la personalità: l'appartenenza biologica al genere umano. Per questo anche l'inizio e la fine dell'esistenza della persona non possono essere separati dall'inizio e dalla fine della vita umana. Se 'qualcuno' esiste, egli è esistito da quando esiste questo organismo umano individuale, ed egli esisterà fino a che questo organismo vive. L'essere della persona è la vita di un uomo"²⁰.

Ribadendo l'adesione all'uso linguistico dominante, suggerisco l'opportunità di tematizzare anche l'aggettivazione dell'espressione "dignità *umana*" per non incorrere nel rischio di stravolgerne il significato ed il potenziale applicativo nel mondo del diritto. È da credere infatti che *umanità* risulti concetto meno ambiguo e meno cedevole alle suggestioni soggettivistiche e libertarie (quelle che rendono ambiguo e fragile il concetto di dignità), se lo connettiamo non già ad una valutazione individuale di ciò che è umano e di ciò che è non-umano, bensì ad un saldo ancoraggio biologico (come suggerisce Robert Spaemann, ogni essere appartenente alla specie umana è persona, dunque gode della

¹⁹ J. Habermas, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, (2001), trad. it. di L. Ceppa, Einaudi, Torino 2002, p. 57.

²⁰ R. Spaemann, *Persone. Sulla differenza tra 'qualcosa' e 'qualcuno'*, (1998), trad. it. di L. Allodi, Laterza, Roma-Bari 2005, p. 241.

dignità essenziale che compete all'umanità²¹), e culturale (come suggerisce Charles Taylor²², ogni manifestazione storica di umanità è meritevole di riconoscimento e rispetto, a condizione che traduca il senso del bello e del buono di un numero elevato di persone per un periodo significativo di tempo).

3. Dignità, libertà e diritto: antecedenze e struttura.

Se è vero che sulla scena culturale maggioritaria ha assunto le vesti di protagonista la visione libertaria del diritto (con i noti fenomeni della trasformazione dei desideri in pretese giuridicamente ammantate, e della riduzione del diritto ai diritti soggettivi, spesso svincolati irragionevolmente dai doveri e magari anche dai limiti di senso comune), tanto più sorprendente deve risultare il fatto che nella cosiddetta Carta di Nizza, del 2000 (che una volta incorporata nei Trattati di Lisbona, nel 2008, costituisce la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), le norme sulla dignità precedano quelle sulla libertà. Quest'antecedenza implica la subordinazione della libertà alla dignità, che può avere solo il senso di una limitazione oggettiva dell'arbitrio soggettivo, almeno nel discorso sui diritti fondamentali: anche esercizi di perfetta libertà, che compromettessero la dignità umana, risulterebbero in contrasto con i principi cardinali su cui si regge l'Unione. Non si tratta di discorsi teorici: basti pensare ai clamorosi e notissimi casi del cannibale di Rothenburg (di cui parla anche Spaemann in un suo saggio sulla dignità²³), o al caso (anch'esso tedesco) della condanna del cosiddetto "peep show"²⁴, o al celebre divieto di "lancio del nano" in Francia²⁵. Sebbene

²¹ "L'umanità non è, come l'animalità, soltanto un concetto astratto per la definizione di un genere, ma è in pari tempo il nome di una concreta comunità di persone, alla quale nessuno appartiene sulla base di certe qualità determinabili concretamente, ma sulla base del vincolo genealogico con la 'famiglia umana'" (R. Spaemann, *Persone*, cit., p. 234).

²² J. Habermas - C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, (1994), trad. it. di G. Rigamonti, Feltrinelli, Milano 2007, p. 62.

²³ R. Spaemann, *Tre lezioni sulla dignità della vita umana*, cit., p. 57.

²⁴ Ne parla F. D'Agostino, *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Giappichelli, Torino 2011, p. 18.

²⁵ Anche di questa sentenza del Consiglio di Stato francese (che nel 1995 confermò il potere del sindaco locale di vietare spettacoli offensivi della dignità umana in base alla seguente motivazione: "Considérant que l'attraction de 'lancer de nain' consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre

precedenti all'approvazione della Carta di Nizza, queste decisioni ne illustrano compiutamente il senso: non è sufficiente che gli ordinamenti giuridici proteggano la libertà degli individui, per considerare adempiuto il proprio compito. È necessario prima e soprattutto assicurare piena tutela a quel nucleo di beni giuridici fondamentali di cui nemmeno i titolari stessi dei relativi diritti possono arbitrariamente disporre²⁶. Libertà ed autodeterminazione, in altri termini, vengono *dopo* la dignità, non prima, e la dignità ne è contenuto necessario, di cui nessuno, nemmeno il soggetto considerato, può disporre a piacimento; perché vi è la possibilità di abusare della propria libertà violentando la propria dignità: ed è anche da questo che gli ordinamenti giuridici sono chiamati a proteggerci.

Per fare degli esempi che attengono alla disciplina giuridica della parte finale della vita umana, possiamo cogliere qui l'estrema problematicità di ogni legalizzazione dell'eutanasia e del suicidio assistito, giacché essi mettono fatalmente in crisi questa gerarchia di beni, antepoendo la libertà alla dignità²⁷. Se la dignità viene infatti prima della libertà, e costituisce un contenuto minimo intangibile ed indisponibile persino al suo titolare, l'unica maniera che rimane per giustificare l'eutanasia legale diventa allora quella di considerare indegne dell'essere umano la morte e la malattia, con un esito palesemente paradossale, giacché negare che mortalità e vulnerabilità siano caratteristiche essenziali della condizione umana, equivale a negare la condizione umana stessa.

Di per sé, non esistono condizioni di vita naturali indegne dell'uomo: l'indegnità che abbia una rilevanza normativa implica necessariamente uno scenario artificiale, il risultato di decisioni imputabili. Solo lui stesso o un altro uomo può imporre ad un essere umano condizioni di vita non degne, rispetto alle quali il diritto sia in grado di intervenire per cercare di porre rimedio²⁸.

rémunération” – Conseil d'État, 27 octobre 1995, n. 136727), parla F. D'Agostino, *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, cit., p. 18.

²⁶ Per una riflessione sul limitrofo terreno dei diritti indisponibili, si veda P. Moro, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Giappichelli, Torino 2004.

²⁷ È questo a mio parere il cuore dell'attuale dibattito italiano sull'aiuto materiale al suicidio, acceso da un caso di cronaca e pendente dinanzi alla Corte Costituzionale, che ha già emesso un'ordinanza ricca di spunti di riflessione anche se ambigua e comunque non definitiva, la 207 del 2018.

²⁸ Si pensi in proposito ai pochissimi casi in cui l'ordinamento civile italiano parla espressamente di “indegnità”: nel diritto di famiglia, primo libro del codice civile, tale categoria viene applicata ai fini della revoca dell'adozione, e nel diritto successorio (artt. 463 e ss. c.c.) per escludere qualcuno dalla successione. In entrambi i casi, intimamente connessi,

Ogni altro condizionamento della dignità delle condizioni di vita di un essere umano, non essendo imputabile, non è da considerarsi contrario a giustizia (nel senso orizzontale di questa istanza, e non nell'immane senso trascendente della teodicea, che certamente supera intenti e possibilità della riflessione giuridica): il che non toglie l'obbligo – in base al principio di solidarietà, riconosciuto in tutte le costituzioni vigenti e non solo in quelle di ispirazione socialista, ed affermato anche dalla dottrina sociale della Chiesa cattolica – di fare quanto possibile, sia a livello individuale che collettivo, per migliorare le condizioni di vita dei meno fortunati, secondo le diverse articolazioni dei cosiddetti “diritti sociali” (salute, istruzione, lavoro, e così via), e sempre nel nome, in ultima analisi, del principio d'uguaglianza, che senza dubbio appartiene alla semantica della giustizia²⁹.

Se il legislatore o il giudice (i protagonisti ultimi dell'esperienza giuridica, con il corteo dei loro collaboratori, tra cui certamente vi sono gli avvocati privati ed i pubblici funzionari), devono valutare la conformità a dignità umana di una situazione, per porre rimedio ad eventuali ingiustizie, è chiaro che di quella situazione devono esserci dei responsabili umani: come potremmo opporci ad un terremoto, ad un'onda anomala, ad una malformazione genetica? Se però il terremoto ha fatto vittime all'interno di un edificio di cui era stata certificata la qualità antisismica, vi è un responsabile (non del terremoto, ma del danno che il terremoto ha arrecato, in un luogo che doveva essere sicuro e dove magari esseri umani si erano recati con pieno affidamento). Se l'onda anomala travolge un'imbarcazione che si era messa in mare nonostante l'espresso divieto di farlo per rischio di fenomeni naturali specialmente pericolosi, chi ha preso la decisione di andare in mare si assume anche la responsabilità (non dell'onda, di nuovo: ma dei danni arrecati alle persone ed alle cose che non avrebbe dovuto portare in mare). Se la malformazione genetica è la conseguenza diretta dell'assunzione di un farmaco teratogeno, o dell'esposizione a radiazioni per esami diagnostici non indispensabili eseguiti durante la gravidanza, la gestante che ha corso questo rischio risponderà, o

a produrre l'indegnità con i corrispondenti effetti legali sono azioni miranti all'indebita appropriazione dell'eredità attraverso la soppressione (anche solo tentata) del *de cuius*.

²⁹ Ne è pacificamente convinto Aristotele, per il quale la distinzione concettuale tra giustizia in senso lato (come equivalente di perfezione, di santità dell'individuo) e giustizia in senso stretto, dipende proprio dal fatto che la virtù specifica della giustizia è “rispetto dell'uguaglianza” (*Etica Nicomachea*, Libro V: per un'approfondita lettura giusfilosofica del capolavoro etico aristotelico si veda G.F. Zanetti, *La nozione di giustizia in Aristotele*, Il Mulino, Bologna 1993). Un aggiornamento dell'aristotelismo applicabile ai dibattiti dei nostri tempi è il *fil rouge* del saggio di M.J. Sandel, *Giustizia. Il nostro bene comune*, (2007), trad. it. di A. Gargiulo, Feltrinelli, Milano 2013.

risponderà il personale sanitario che non l'ha messa a conoscenza del pericolo (invece non avrebbe alcun senso prendersela con il concepito, come invece è divenuto prassi fare mediante il ricorso all'aborto per evitare la nascita di un bambino non desiderato perché malformato: ed infatti gli unici "argomenti" impiegati in favore dell'aborto sono fattuali, e quando si tenta di passare ai veri argomenti, quelli di principio, il discorso si fa sempre confuso ed apodittico³⁰).

4. La normatività dignitaria della condizione umana.

Sebbene si discuta sulle fasi estreme dell'esistenza e sulla loro dignità, quel che nessuno dubita è che in sé la vita della persona umana, almeno in condizioni di pienezza e si direbbe "in quanto tale", sia qualcosa di degno. L'eredità laica del kantismo è stata recepita in maniera praticamente universale, e non costituisce oggetto di dibattito.

Ne possiamo legittimamente inferire che partecipa della dignità qui predicata anche ogni fase "normale" della parabola vitale umana: ove per "normalità" va intesa, per una volta almeno, la regolarità statistica³¹. Siccome la malattia e la vecchiaia sono fasi del tutto "normali", fisiologiche, dell'esperienza umana, sarebbe inammissibile definirle indegne: ne deriva che malattia ed età anziana sono degne tanto quanto è degno l'essere umano che le vive, comunicando loro la propria dignità ontologica, per così dire, e non dipendente dalle sue capacità e *performances* o condizionata dai suoi comportamenti. In altri termini, una malattia penosa ed umiliante, così come una vecchiaia indecorosa e sudicia, non sarebbero comunque sufficienti ad intaccare minimamente la dignità di coloro che le vivono.

È insomma chiaro, concentrando ora l'attenzione sui problemi della malattia e della vecchiaia, che una corretta antropologia filosofica ci conferma oltre ogni dubbio la presenza dell'infermità e della morte, nonché del declino nella fase finale della vita, come costanti naturali della condizione umana: che è condizione indigente, fragile, vulnerabile, mortale. Di più: segna un evidente progresso della civiltà giuridica la crescente sensibilità della normativa nazionale ed internazionale³² verso le situazioni di speciale vulnerabilità, e non

³⁰ Come riconosce il bel saggio di L. Boltanski, *La condizione fetale. Una sociologia della generazione e dell'aborto*, (2005), trad. it. di L. Cornalba, Feltrinelli, Milano 2007.

³¹ Si veda in particolare la parte dedicata a Canguilhem nella ricca antologia AA.VV., *Filosofia della medicina*, a cura di G. Federspil - P. Giaretta - C. Rigarli - C. Scandellari - P. Serra, Cortina Editore, Milano 2008.

³² Si pensi in particolare alla Convenzione UNESCO su Bioetica e Diritti Umani, del 2005, che dedica un apposito articolo, l'ottavo, alle persone ed ai gruppi specialmente vulnerabili: "Rispetto per la vulnerabilità umana e per l'integrità della persona. Nell'applicazione e

solo in senso sociale (gruppi etnici discriminati, categorie deboli della popolazione come i minori, o le donne), ma anche in senso psicofisico, come appunto avviene per le malattie.

Proprio perché si tratta di evenienze del tutto naturali per gli esseri umani, siano esse congenite o susseguenti, l'invecchiamento, le infermità e le disabilità non possono giustificare la discriminazione di coloro che ne sono colpiti, se siamo coerenti con un modello aristotelico della giustizia come rispetto dell'uguaglianza (modello, del resto, condiviso direttamente o indirettamente da tutti i principali orientamenti): al contrario, debbono attivare dinamiche di speciale sostegno da parte della legge e delle pubbliche amministrazioni, proprio secondo quel che sta avvenendo in molti settori della vita civile (dalle agevolazioni sui trasporti per i disabili, alla scuola di sostegno, al finanziamento pubblico delle famiglie che devono procurarsi dispositivi o farmaci costosi per provvedere alle esigenze dei propri cari meno fortunati, e così via). Vero progresso è ogni passo avanti nella protezione delle persone, di tutte le persone³³: progresso *umano* perché rispetta e valorizza l'umana dignità. Ogni retrocessione, ogni taglio di spesa in queste materie, è invece un passo indietro di civiltà giuridica, un abdicare degli ordinamenti ad uno dei loro compiti primari e qualificanti.

Invecchiamento, malattia, disabilità, declino delle facoltà, va ribadito, non sono aspetti marginali o eccezionali per la condizione umana, né ne costituiscono incidenti di percorso. Si tratta di fenomeni universali, che perciò mostrano di appartenere alla nostra natura. Lo spiegava molto bene in alcune conferenze radiofoniche degli anni '50 del secolo scorso Romano Guardini, in riferimento per esempio alla vecchiaia: "La prima esigenza è pertanto: accettare la vecchiaia. Tanto maggiore è il decoro con cui questo avviene,

nell'avanzamento della conoscenza scientifica, della pratica medica e delle tecnologie associate, si deve tenere in considerazione la vulnerabilità della persona umana. Gli individui e i gruppi in situazione di particolare vulnerabilità devono essere protetti e l'integrità personale di tali individui dovrà essere rispettata". Ancor più rilevante sul piano giuridico, sebbene destinata alla protezione di un gruppo più selezionato di soggetti, è la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, del 2006. Per un'ampia ricognizione del nesso sempre più esplicito tra vulnerabilità e diritto si veda il recente numero monografico della rivista *Ars Interpretandi*, VII, 2/2018, *Vulnerabilità e interpretazione giudiziale*, nonché (sullo specifico dibattito inerente la fine della vita umana, di cui qui ci occupiamo più direttamente), il volume di A. Masferrer, E. García-Sánchez (Eds.), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights: Interdisciplinary Perspectives*, Springer, Amsterdam 2016.

³³ Lo ha affermato nel modo forse più efficace e compendioso Paolo VI, *Populorum Progressio*, (1967), n. 14: "Lo sviluppo non si riduce alla semplice crescita economica. Per essere autentico sviluppo, deve essere integrale, il che vuol dire volto alla promozione di ogni uomo e di tutto l'uomo".

quanto più profondamente si coglie il senso della vita; e tanto più decisa è l'obbedienza alla verità, quanto più autentica e preziosa è la fase della vita che porta quel nome"³⁴.

Né la medicina né il diritto debbono o possono pretendere di modificare questa situazione, che è situazione di fatto e non risulta in alcun modo suscettibile di imputabilità o responsabilità di chicchessia. Indegno della condizione umana non è il fatto che moriamo, che soffriamo, che progressivamente, con il passare degli anni, perdiamo capacità e forza: indegno è che moriamo ingiustamente (cioè a causa di qualcuno che non aveva alcun diritto di sopprimerci, ad esempio per legittima difesa o stato di necessità), che soffriamo senza necessità ed in presenza di rimedi accessibili ed adeguati, che non veniamo opportunamente assistiti nel declino delle nostre facoltà. È qui, come abbiamo visto, che il diritto *può e deve* intervenire: anzi, è proprio questa la sua funzione e la ragione della sua esistenza, se dobbiamo dar credito alle concezioni giusfilosofiche imperniate sull'idea che il diritto è struttura di pacificazione della coesistenza umana, mediante garanzia dell'uguaglianza³⁵.

5. La giurisprudenza di Strasburgo sulla dignità di malattia e vecchiaia.

Se concentriamo la nostra attenzione sulla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani, possiamo verificare che nei pochi casi in cui questa Corte si è occupata della fine della vita umana, le norme della Convenzione di Roma più frequentemente richiamate sono state l'art. 2 sul diritto alla vita³⁶ e l'art. 8 sul diritto alla *privacy* personale e familiare³⁷. Non mancano tuttavia, in queste

³⁴ R. Guardini, *Le età della vita*, (1954), Vita e Pensiero, Milano 2011, p. 100. E poche pagine dopo aggiungeva: "Il problema del diventare vecchi è che l'uomo accetti questo fatto, ne comprenda il senso e lo realizzi. C'è qualcos'altro che tuttavia va aggiunto: molto dipende dal fatto che la comunità stessa, da parte sua, accetti la vecchiaia; che conferisca ad essa onestamente e cordialmente il diritto alla vita che le compete" (p. 105).

³⁵ È l'orizzonte teoretico in cui mi riconosco, e che risale al pensiero di S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano 1991, e F.D'Agostino, *Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, del 2006, e Id., *Corso breve di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2011.

³⁶ "Right to life: 1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law. 2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary: (a) in defence of any person from unlawful violence; (b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained; (c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection".

³⁷ "Right to respect for private and family life: 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by

decisioni, contraddizioni ed incoerenze che sembrano confermare quanto ho cercato di spiegare sin dall'inizio circa la limitata affidabilità giuridica del principio dignitario, e sull'opportunità di una sua adeguata risemantizzazione. Nella prima sentenza in cui la CEDU ritenne di dover entrare nel merito delle questioni sottopostele, quella del 2002 sulla dolorosa vicenda di Diane Pretty (una donna inglese di mezza età, affetta da sindrome laterale amiotrofica in fase avanzata, che si era vista rigettare dai tribunali nazionali ogni richiesta di autorizzazione al suicidio con la cooperazione del coniuge ed aveva pertanto fatto ricorso alla Corte Europea), essa affermò che “the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. Without in any way negating the principle of sanctity of life protected under the Convention, the Court considers that it is under Article 8 that notions of the quality of life take on significance. In an era of growing medical sophistication combined with longer life expectancies, many people are concerned that they should not be forced to linger on in old age or in states of advanced physical or mental decrepitude which conflict with strongly held ideas of self and personal identity”³⁸. In base a questo e consimili argomenti, la CEDU difese la posizione assunta dalla giustizia inglese e respinse la richiesta della signora Pretty: si noti che per ottenere questo risultato fu essenziale affiancare al rispetto per l'umana libertà anche quello per l'umana dignità.

Nel successivo caso, che riguardava una richiesta di suicidio assistito legale in Svizzera ma al di fuori delle condizioni previste dalla legislazione locale (l'infermità di cui soffriva il ricorrente era infatti di tipo psichiatrico e non organico), la CEDU concluse: “Having regard to the foregoing and to the margin of appreciation enjoyed by the national authorities in such a case, the Court considers that, even assuming that the States have a positive obligation to adopt measures to facilitate the act of suicide with dignity, the Swiss authorities have not failed to comply with this obligation in the instant case”³⁹. Nonostante il rigetto dell'istanza di autorizzazione al suicidio, richiama

a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.

³⁸ N. 65 della sentenza *Pretty v. The United Kingdom* (Application n. 2346/02), 29 April 2002.

³⁹ N. 61 della sentenza *Haas v. Switzerland* (Application n. 31322/07), 20 January 2011. Su un successivo caso simile, che però ebbe ad interrompersi per abuso del processo nella fase davanti alla Grande Camera, si veda il meditato intervento di M. Albert, *Derecho a morir y abuso del derecho. La inadmisibilidad del caso Gross v. Suiza. Comentario a la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de septiembre de 2014*, in *Medicina e Morale*, 63, 6/2014.

l'attenzione il collegamento instaurato dalla Corte tra suicidio e dignità: se vi è una dignità nell'atto suicidario, vi è anche una dignità della morte come scelta privata ed insindacabile della persona. Ma attribuire dignità ad un comportamento, come abbiamo visto, equivale per molti a conferirgli l'idoneità a costituire oggetto di diritti individuali: ed ai diritti corrispondono i doveri di altri soggetti, obbligati giuridicamente a soddisfare le richieste dei titolari di quei diritti. L'espressione più rilevante dell'intera decisione, allora, è quella contenuta nel paragrafo n. 51: "In the light of this case-law, the Court considers that an individual's right to decide by what means and at what point his or her life will end, provided he or she is capable of freely reaching a decision on this question and acting in consequence, is one of the aspects of the right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention".

Come appare chiaramente, nella seconda decisione sta pervenendo a maturazione il processo di identificazione tra *dignità* ed *autodeterminazione*: in tal modo, la pienezza della dignità (che l'ordinamento giuridico – nella specie, europeo – sarebbe chiamato a proteggere), non è data dalla persona vivente, ma da una sua componente (per quanto antropologicamente relevantissima): la volontà. Muovendo da questa premessa e dalla selezione che essa implica, nei casi in cui la volontà dell'individuo si rivolti contro la persona vivente (e per esempio chieda la legittimazione al suicidio), il dilemma tra *choice* e *life* andrebbe dunque risolto, ad opinione della CEDU, nel senso favorevole alla libertà di scelta.

Nella successiva decisione sul caso francese di Vincent Lambert, del 2015, la Corte porta a compimento la parabola contraddittoria che già era in qualche modo implicita nell'inclusione della volontà nella dignità, e dunque nella sovrapposizione di oggettivo e soggettivo come contenuto del principio dignitario: dopo aver ribadito testualmente le affermazioni contenute nella sentenza sul caso Pretty ed in quella sul caso Haas, per Lambert la CEDU aggiunge che "according to the comparative-law materials available to it, in the absence of advance directives or of a 'living will', a number of countries require that efforts be made to ascertain the patient's presumed wishes, by a variety of means (statements of the legal representative or the family, other factors testifying to the patient's personality and beliefs, and so forth)"⁴⁰. Collocando al centro della discussione le volontà del paziente ed ammettendo persino la loro

⁴⁰ N. 179 della sentenza Lambert and Others v. France (Application n. 46043/14), 5 June 2015.

ricostruzione indiziaria o presuntiva⁴¹, la Corte europea completa l'itinerario verso l'identificazione di dignità e autodeterminazione inaugurato nel 2002: ed a ben guardare si spinge ben oltre il concetto kantiano, che allaccia sì la dignità delle persone alla loro autonomia, ma in senso trascendentale e con marcati vincoli normativi (per questo Kant, come noto, è recisamente contrario al suicidio e ad ogni forma di disposizione del sé corporeo⁴²). La CEDU infatti si riferisce ad un'autodeterminazione che, a parte il limite del danno ad altri, non conosce alcun confine, fino a pervenire al radicale potere di disposizione del proprio corpo vivente che è la premessa dell'atto suicidario.

Nei tre casi riportati e dall'evoluzione delle soluzioni apprestate dalla Corte di Strasburgo, è agevole ravvisare un'efficace rappresentazione del problema che sul piano linguistico e culturale ho posto in evidenza nella prima parte di queste riflessioni: vale a dire l'ambiguità del concetto giuridico di dignità umana svincolato da una metafisica consapevole, ed il bisogno di una sua risemantizzazione⁴³. Per dirla con le parole di Marta Cartabia, "la naturale ambivalenza dei diritti – collocati sul crinale tra universalità e particolarità delle diverse espressioni culturali – esige molta prudenza nel determinare gli *standard* generali e universali dei diritti, che devono rimanere confinati agli elementi coessenziali alla dignità umana, per non incorrere nel rischio di imporre una particolare visione culturale in nome di un distorto universalismo"⁴⁴. La prudenza di cui si parla in queste righe ha molto a che vedere con le considerazioni filosofiche svolte fin qui, e di nuovo la necessità di individuare in modo affidabile quelli che lei chiama "elementi coessenziali alla dignità umana" impone un accurato ripensamento di questo concetto, che è la vera fatica che oggi attende sia i giuristi positivi (soprattutto gli esperti

⁴¹ Proprio come aveva fatto, si noti, la Corte di Cassazione italiana in occasione della sentenza che decise il caso Englaro nel senso dell'accoglimento delle richieste del padre e tutore di interrompere idratazione ed alimentazione per sondino nasogastrico e così determinare la morte dell'assistita: sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007, sulla quale vastissima messe di interventi tra i quali si rammentano in particolare, per le prospettive qui difese, F. Gazzoni, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in dispregio al principio di divisione dei poteri)*, ora anche in Id., *Scritti giuridici minori*, Key, Vicalvi 2016, pp. 60 e ss., e G. la Monaca - C. Sarteau, *Lo stato vegetativo tra norme costituzionali e deontologia: la Cassazione indica soggetti e oggetti*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 30, 2008, pp. 583 e ss.

⁴² I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, cit., p. 77.

⁴³ È l'obiettivo dichiarato del denso e complesso volume a cura di C. McCrudden, *Understanding human Dignity*, Oxford University Press, Oxford 2014.

⁴⁴ M. Cartabia, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei 'nuovi diritti'*, in *Quaderni Costituzionali*, XXIX, 3/2009, p. 552.

di diritto internazionale e costituzionale), sia i teorici del diritto, filosofi e storici.

6. Il rischio del feticismo della vita biologica.

Sul crinale opposto a quello fin qui percorso occorre aggiungere alcune considerazioni prima di concludere. Se infatti la dignità non va ridotta all'autonomia di una libertà arbitraria, altrettanto ingiustificato risulterebbe identificare tale concetto con la mera vita biologica di un essere umano. La vita è senza dubbio il sostrato materiale della persona (e della dignità del suo corpo: si pensi all'enorme differenza di tutela rispetto al cadavere), e ancora la vita è al contempo la parabola temporale ed il supporto dell'esperienza mondana di ciascuno: ma essa non coincide con la persona vivente, né si sostituisce ad essa, che va oltre secondo quel misterioso ma intuitivo – e generalmente accettato – processo di autotrascendimento che ciascuno avverte come cifra (paradossale, ma non per questo meno reale) del proprio esistere come uomo. “L’homme passe infiniment l’homme”⁴⁵, scrive Pascal nel Frammento 434 dei suoi *Pensées*: e Spaemann lo cita non perché la capacità o il potere di autotrascendersi mostri che la specificità dell'essere umano è, come in Pico e poi in Kant ed Habermas, la sua autonomia, e meno ancora la sua autodeterminazione, bensì per fondare in una metafisica della natura umana la dignità di ogni persona⁴⁶.

In altri termini, se va escluso che la vita possa attentare alla dignità umana, come pure da qualcuno a volte si sente affermare nell'ottica libertaria da cui abbiamo qui più volte preso le distanze, è altrettanto doveroso meditare sul pericolo che una vita artificiale, o meglio la sopravvivenza biologica strumentalmente mediata, possa compromettere la persona, trasformarla da fine in mezzo, e quindi offenderne la dignità. Cerco di spiegarmi meglio.

⁴⁵ “Conosci dunque, o superbo, quale paradosso tu sei dinanzi a te stesso. Umiliati, ragione impotente; taci, natura inferma: sappi che l'uomo sorpassa infinitamente l'uomo, e apprendi dal tuo signore la tua vera condizione, che tu ignori. Ascolta Dio”: B. Pascal, *Pensieri*, (1670), trad. it. di V.E. Alfieri, Rizzoli, Milano 1952, p. 162.

⁴⁶ R. Spaemann, *Natura e ragione*, (1987), trad. it. di L.F. Tuninetti, EDUSC, Roma 2006, p. 32: “L'idea di fondo è che la natura produce nell'uomo qualcosa che è di più della natura: *nobilior*, dice Tommaso. L'uomo non è questo ‘di più’, ma è l'essere in cui la natura trascende se stessa per arrivare a un di più. ‘L’homme passe infiniment l’homme’, dirà Pascal. Ma questo autotrascendimento è inscritto nella costituzione teleologica della natura stessa per cui valgono gli assiomi *omne ens est propter suam propriam operationem* e *omne agens agit propter finem*”.

Il progresso delle conoscenze e delle abilità applicative che ha conosciuto la medicina negli ultimi decenni è impressionante, sia per via della rivoluzione genetica, che sta profondamente trasformando l'approccio medico alle patologie, sia per effetto del felice connubio tra medicina e tecnologia (la biotecnologia umana con le sue formidabili applicazioni sia in ambito diagnostico che in ambito terapeutico)⁴⁷. È un progresso che va accolto con favore e gratitudine, per i frutti straordinari che ha portato e porterà alle persone: ma è un progresso che, come tutti i progressi di natura tecnica, *non è un bene in sé bensì in relazione al bene che promuove*. Gli strumenti infatti possono produrre benefici o anche malefici⁴⁸: ed è in relazione ai risultati che va giudicato lo strumento e chi ha usato lo strumento (secondo determinate intenzioni, che hanno guidato il perseguimento del risultato).

Se applichiamo queste elementari osservazioni alla cura della persona umana, specialmente nella fase finale della vita, possiamo renderci conto del rischio che anche la biotecnologia – così come per esempio l'energia atomica, o internet – da *farmaco* diventi *veleno* (secondo la rivelativa ambiguità della parola greca da cui deriva⁴⁹). Non va dimenticato troppo presto il monito di Guardini, che connetteva la già menzionata celebrazione della specifica dignità dell'età anziana al fatto che “l'uomo che invecchia si avvicina non alla fine ma all'eterno”, se è vero che “l'eternità non è un Più quantitativo, per quanto sia incommensurabile, bensì è qualcosa di qualitativamente Altro, libero, incondizionato. L'eterno non è in rapporto con la vita biologica, bensì con la persona. Esso non conserva quest'ultima perpetuandola, bensì la realizza in senso assoluto. La consapevolezza di questa perennità cresce nella misura in cui la caducità è sinceramente accettata. Chi cerca di schivarla, nasconderla o negarla, non ne prenderà mai coscienza”⁵⁰.

⁴⁷ Per uno sguardo di sintesi, orientato già in senso critico-filosofico, si veda L. Palazzani, *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*, Giappichelli, Torino 2017.

⁴⁸ H.G. Gadamer (*Dove si nasconde la salute*, (1984), trad. it. di A. Grieco, Cortina, Milano 1996, p. 72), da tempo ci ha messi in guardia nei confronti del progresso tecnologico in medicina idolatrato o direttamente intronizzato a panacea di tutti i nostri mali: il dono che Prometeo ha fatto agli esseri umani con il fuoco e con l'oblio della morte, può infatti sia dar loro un potere ed un dinamismo che altrimenti non avrebbero mai conseguito, sia però anche portarli all'autodistruzione (o almeno, alla “vergogna prometeica” di cui parlava G. Anders, *L'uomo è antiquato. Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, (1956), trad. it. di L. Dallapiccola, Bollati Boringhieri, Torino 2007, pp. 33), ed al delirio di immortalità che farà loro smarrire il contatto con la propria finitudine ed impedirà loro (secondo il profondo insegnamento heideggeriano) di vivere autenticamente.

⁴⁹ La rileva F. D'Agostino, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1997, p. 18.

⁵⁰ R. Guardini, *Le età della vita*, cit., p. 79.

Si può convenire oppure no con l'apertura al trascendente che queste parole presuppongono, in ogni caso è difficile negare la pertinenza ed il senso comune che in esse si manifesta. Infatti, negare o cercare di evitare la realtà della vita umana, che è appunto realtà di scaturigine, sviluppo e poi declino della vita biologica, e di preparazione al suo invero più pieno in una dimensione diversa, almeno per i credenti, non è soltanto quel che ottengono coloro che vivono mediocrementemente il proprio percorso terreno (*tempus probationis*), o lo compromettono con atti autolesionistici come il suicidio: è anche, più sottilmente, l'esito dell'intestardirsi in trattamenti, attività, terapie, impianti, operazioni, che mirano ad un'esasperante perpetuazione della vita biologica dimenticandone la natura di per sé finita e provvisoria (ed anche, per tutti coloro che credono nell'aldilà, preparatoria), nonché il carattere subordinato rispetto alla persona che ne vive.

Qualcosa del genere avviene tutte le volte in cui il mezzo diventa il fine⁵¹ e si cade nel cosiddetto "accanimento terapeutico", meglio definito come "ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati" per esempio dal legislatore italiano della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (art. 2). Adriano Pessina ha messo bene in chiaro il paradosso a cui questo atteggiamento può portare: "Il rifiuto di riconoscere i *limiti* biologici, sempre più pensati come semplici *ostacoli*, porta così all'altra faccia dell'accanimento terapeutico come incapacità di accettare il nostro essere mortali: la teorizzazione dell'eutanasia"⁵². L'ostinazione in cure futili e l'eutanasia non sono dunque, al di là delle apparenze, tendenze opposte derivanti da orientamenti incompatibili: tutt'al contrario, scaturiscono entrambe dall'artificializzazione della vita umana, che è altrettanto nociva alla sua dignità quanto lo sono l'abbandono o la violenza. Mostra di esserne consapevole anche il Codice di Deontologia dei medici italiani, che all'art. 14 (mi riferisco alla versione del 2014, attualmente in vigore) sancisce che "il medico deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti, da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita". Per concludere con Pessina, "se, grazie alla tecnica, non si potesse più distinguere tra il lasciar morire (fatto che

⁵¹ Come scrive ancora Spaemann, "morire davvero con dignità [...] è morire accompagnati dalla presenza umana, protetti e salvati da una grande sofferenza. È contrario alla dignità dell'uomo prolungarne la vita oltre ogni ragionevole misura mediante procedure mediche come l'alimentazione artificiale, quanto lo è provocarne intenzionalmente la morte. In entrambi i casi il paziente non è più davvero 'fine a se stesso'" (R. Spaemann, *La dignità dell'uomo e la natura umana*, in Id., *Tre lezioni sulla dignità della vita umana*, cit., p. 67).

⁵² A. Pessina, *Bioetica. L'uomo sperimentale*, Bruno Mondadori, Milano 2007, p. 154.

comporta il riconoscimento della relativa autonomia della realtà biologica rispetto alla progettualità umana), e il far morire, allora l'unico modo umano per morire sarebbe quello di uccidere o uccidersi"⁵³.

Ogni trattamento, persino i più blandi e meno costosi, è giustificato solo se migliora le condizioni di vita del paziente: vuoi perché lo guarisce, cioè ripristina un equilibrio vitale che gli consente il ritorno alla vita normale⁵⁴, vuoi perché nei casi in cui la guarigione è esclusa (per il tipo di patologia, per le complicanze insorte, etc.), migliora la sua capacità di fronteggiare la sofferenza, mediante palliazione del dolore o, nei casi estremi, sedazione e privazione periodica della coscienza. Pertanto, un trattamento che non abbia queste caratteristiche, non per essere un trattamento validato si giustifica come un diritto del paziente o mero oggetto di una sua facoltà, ed ancor meno si impone come un dovere del personale sanitario. Come scrive Francesco D'Agostino, "per il diritto la mera manipolazione del *bios* non è affatto intrinsecamente condannabile [...]; è condannabile solo quando dalla sua manipolazione si rescinde il vincolo di senso che lo unisce alla *psyché*. A volte tale vincolo si esprime facilmente attraverso intuitivi riferimenti teleologici. Il diritto in casi come questi non trova difficoltà a focalizzare opportunamente le proprie posizioni [...]. Più in generale ogni pratica medica è giuridicamente giustificata non perché benefica sempre e comunque per il *bios*, ma in quanto orientata comunque a quel bene della persona, per la cui percezione il riferimento alla *psyché* è essenziale. Ma in altri casi nemmeno il pensiero teleologico è in grado di ben focalizzare come vada tutelato il vincolo *bios/psyché*: è necessaria una coraggiosa *affermazione ontologica*, per evitare

⁵³ A. Pessina, *Bioetica. L'uomo sperimentale*, cit., p. 155.

⁵⁴ È noto il dibattito sulla nozione di salute, sempre più finalizzato a ridimensionare le abnormi pretese sollevate dalla definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità del 1948 ("Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity"). Sul piano più filosofico adottato qui la meditata prospettiva di H.G. Gadamer, *Dove si nasconde la salute*, cit., p. 44. Se ne veda l'applicazione conseguente, a p. 88: "L'ordine ritmico della nostra vita vegetativa, che noi tutti seguiamo, non sarà mai interamente sostituito dalla corporeità 'strumentale', così come neppure la morte potrà mai venire eliminata. Effettivamente, siamo in grado di nascondere e rimuovere molte cose, sappiamo creare e sostituire; ma persino il medico che aiuta a superare le fasi critiche della vita organica con i fantastici strumenti che ne permettono una quasi completa sostituzione meccanico-automatica, si trova infine ad affrontare il compito opprimente di decidere quando, *per rispettare il valore della persona*, potrà, oppure *dovrà*, sospendere l'aiuto strumentale al mantenimento della vita vegetativa" (miei i corsivi).

che il diritto si perda nelle antinomie apparentemente insolubili dell'esperienza empirica"⁵⁵.

È importante rimarcare accuratamente questa lettura funzionale (o finalistica, se si vuole) e non autoreferenziale delle biotecnologie applicate alla fine della vita umana, per non cadere nell'atteggiamento ambiguo di coloro che magari sanno mantenere una vigilanza critica nei riguardi delle biotecnologie sempre più invadenti nel segmento dell'inizio della vita (dalla contraccezione alla fecondazione artificiale). I richiami che costoro operano, spesso molto opportunamente, per aiutarci a non perdere il contatto con la dimensione naturale e spontanea (e dunque casuale, egualitaria e pertanto normativa) della nostra origine, vanno ribaditi anche quando si tratta di affrontare i problemi bioetici che riguardano la fine della vita: l'obiettivo esigenza di difendere quel che è umano e naturale all'inizio, sussiste anche alla fine, e per le stesse ragioni di tutela dell'umanità in termini obiettivi, giacché ciò che di obiettivo vi è nella nostra natura, e può fornire indicazioni normative, dipende in ultima analisi dal nesso tra *bios* e *psyché*.

Se possono esservi abusi nel ricorso alla tecnica nella fase procreativa, e di questi abusi si è responsabili anche nei termini di un'aggressione alla dignità umana dell'origine, è innegabile che possano esservi abusi nel ricorso alla tecnica nella fase curativa, nella terapia, nella diagnosi, nell'accompagnamento alla morte. E questi abusi attentano alla dignità della fine della vita umana come quelli attentano alla dignità della sua origine.

7. Conclusione.

È giunto il momento di concludere questo percorso, fin troppo ampio e tortuoso. Ho cercato in fondo solo di spiegare le ragioni per cui, sebbene ambigua e variamente interpretata, la dignità può continuare a valere come principio giuridico a fondamento dei diritti delle persone, dal concepimento fino alla morte. Tuttavia, perché questo concetto possa svolgere bene il proprio ruolo nel discorso etico e giuridico, nazionale ed europeo, e più ampiamente nel dibattito complessivo che accompagna sia le singole decisioni casistiche sia le strategie politiche globali, è di estrema importanza meditarne il fondamento: ed il fondamento della dignità umana è tutto nell'umanità, nel fatto che gli esseri umani in carne ed ossa sono caratterizzati dall'unicità ed

⁵⁵ F. D'Agostino, *Bios/Zoé/Psyché*, in Id., *Parole di bioetica*, Giappichelli, Torino 2004, p. 33. Sin dal titolo queste riflessioni rimandano implicitamente ad alcune idee espresse da H.G. Gadamer, *Vita e anima*, in Id., *Dove si nasconde la salute*, cit., pp. 149 e ss.

irripetibilità di cui parlava Hannah Arendt molti anni fa. “Poiché sono *initium*, nuovi venuti e iniziatori grazie alla nascita, gli uomini prendono l’iniziativa, sono pronti all’azione. *Initium ut esset, creatus est homo, ante quem nullus fuit* (‘perché ci fosse un inizio fu creato l’uomo, prima del quale non esisteva nessuno’, dice Agostino nella sua filosofia politica). Questo inizio non è come l’inizio del mondo, non è l’inizio di qualcosa ma di qualcuno, che è a sua volta un iniziatore”.

Se tale carattere di iniziatore non viene inteso nel senso stretto dell’autonomia, ma in quello più ampio di un’attitudine potenziale derivante dall’appartenenza biologica al genere umano, attitudine che può anche non manifestarsi per mancanza di occasione o di capacità specifiche, abbiamo qui un’ottima prospettiva della dignità specifica che compete agli umani. Ed allora, come Arendt stessa conclude, “il miracolo che preserva il mondo, la sfera delle faccende umane, dalla sua normale, ‘naturale’ rovina è in definitiva il fatto della natalità [...]. È questa fede e speranza nel mondo che trova forse la sua più gloriosa e efficace espressione nelle poche parole con cui il vangelo annunciò la ‘lieta novella’ dell’avvento: ‘Un bambino è nato fra noi’”⁵⁶.

Rispettare e proteggere quel bambino, anche quando è cresciuto, anche man mano che si avvicina alla fine, non è solo, come vuole Hans Jonas⁵⁷, la scaturigine della responsabilità che secondo lui costituisce il principio cardine della bioetica (e quindi, potremmo dire, anche della biogiuridica), ma il punto di partenza ed il punto di arrivo della civiltà e del diritto.

Abstract. The paper discusses on the semantic depletion of the word dignity also achieved to the diffusion of a secularist attitude in the philosophical and juridical area, it highlights some concrete consequences of this evolution in the jurisprudence of the European Court of the Human Rights in subject of biolaw, and it proposes some lines of reflection aimed at its rethinking

Keywords. Human dignity; secular culture; human rights; biolaw.

⁵⁶ H. Arendt, *Vita activa. La condizione umana*, (1958), trad. it. di S. Forti, Bompiani, Milano 1998, pp. 129 e 182.

⁵⁷ H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un’etica per la civiltà tecnologica*, (1979), trad. it. di P.P. Portinaro, Einaudi, Torino 2005, che parla del bambino come de “l’oggetto originario della responsabilità” (pp. 162 e ss.).

Paola Chiarella

Ricercatrice di filosofia del diritto, Università "Magna Graecia" di Catanzaro

A cherry waiting for the cake: past and present of solidarity in Europe^{*}

Una ciliegina in attesa della torta: passato e presente della solidarietà in Europa

SOMMARIO: 1. Liberal State and liberated society: the European social model – 2. The Counter-revolution. Welfare State in retreat and the expansion of private sector – 3. Flat solidarity and besieged democracy in the European Union – 4. “Flags of convenience” and other tricks. Labour and social rights on the brink: politically too slow, judicially too loose – 5. Something is changing? Directive 2018/957 on posted workers – 6. Some conclusions.

1. Liberal State and liberated society: the European social model.

The Glorious Thirties is the brief but lucky formula used to refer to the European prosperous thirty years after the Second World War. The adjective *glorious*, not common to human behavior, was put forward by the French economist Jean Fourastié, and it is the most suitable to describe the blissful time of the European economies that arose from destruction and death¹. Not by chance the Italians used the formula *miracolo economico* and the Germans *Wirtschaftswunder* because the unexpectedly rapid and wide prosperity was actually a miracle according to the idea of Hannah Arendt that politics is the

^{*} This paper, blind peer reviewed, has been elaborated within the research project “Transformaciones de la Justicia. Autonomía, inequidad y ejercicio de derechos” (DER 2013-48284-R, 2017-2020), Programa estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia del Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España. Instituto de Derechos Humanos, Universitat de València.

¹ J. Fourastié, *Les Trente Glorieuses: Ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris 1979. See also, N. Crafts, G. Toniolo, ‘*Les Trente Glorieuses*’: *From the Marshall Plan to the Oil Crisis*, in Dan Stone (ed.), *The Oxford Handbook of Postwar European History*, Oxford 2012, pp. 356 ff.; A. Supiot, *Grandeur et misère de l’État social*, Paris 2013. The adjective *glorious* is also historically used to refer to the liberal revolution in England in 1689 with the definitive defeat of absolute monarchy and the introduction of a constitutional paradigm thanks to the Bill of Rights.

realm of a miracle, when something is highly unlikely to happen, and it does happen to introduce something new, giving birth to a new beginning².

That book was published in 1979 as a farewell to the *invisible revolution* that took place from 1946 to 1975 in Western Europe, among the countries that, in the following years, would have founded and enlarged the European Union. Invisible but not casual revolution, because the economic growth was the result of a specific political orientation toward a strong commitment to liberty, solidarity, and democracy clearly recognizable in new Constitutions as well as in International Covenants. Since then, fundamental rights, human dignity, solidarity, social democracy gained a prominent place, shaping political and legal reasoning to unprecedented schemes of behavior. There is, in the particular style and wording of those declarations, «an emphatic statement of will from citizens» who reacted to the past experience of repression and humiliation. Most articles of those bill of rights resonated «with a suffered injustice that is negated word for word, as it were»³.

It was the beginning of the “social Constitutional era” and of the so-called *embedded capitalism* in which the revival of the economy was mixed to a controlled system of social protection. Constitutional democracy widespread as a theoretical paradigm and political project, putting emphasis on civil, political and social rights that constituted the “sphere of the un-decidable” (about civil and political rights) and “the sphere of what has to be necessarily decided” (about social rights) as a substantial dimension of democracy⁴. The two spheres clearly define the guarantee of an inalienable core as «limit to the

² H. Arendt, *Was ist Politik? Fragmente aus dem Nachlaß*, Ursula Luds ed., foreword by Kurt Sontheimer, München 1993, pp. 28 ff. It is very far from this point of view the slogan “There is not alternative” widely invoked nowadays to impose specific economic directives to the governments of the countries with high budget deficit. It seems that the time of politics expired also because it normally requires a “spectrum of time” that is inevitably reduced in the emergency of the crisis. Urgency and necessity lead to quick and slim solutions according to a *philosophy of austerity*.

³ J. Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, transl. by William Rehg, Cambridge, Massachusetts 1996, p. 389.

⁴ L. Ferrajoli, *Principia Iuris*, Roma-Bari 2007, vol. I, 819 ff., vol. II, 19, 44, 92. R. Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutional Democracy*, Cambridge 2007, p. 15: «Central to legal constitutionalism is the idea of constitutional rights. Constitutions do many other things beyond enshrining rights. But probably nothing has been so influential in driving constitutionalism along the path of legal rather than political thought than the emphasis on rights»; see also L. Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge 1998; D. Grimm, *Constitutionalism. Past, Present, Future*, Oxford 2016; N. W. Barber, *The Principles of Constitutionalism*, Oxford 2018.

limits»⁵ or, better said, they represent questions that cannot be decided or that must be necessarily decided by the parliamentary majority.

“Penal Guarantism” was associated to “Social Guarantism” in order to shape a new model of law mainly oriented by one side, to define limits to the punitive action of the State through the use of a principle of proportionality (prohibiting the excessive use of force, rationalizing and minimizing violence) and introducing, on the other side, a generalized responsibility of the State for social welfare encompassing the ideas of social dignity, factual equality and the continuous updating of living conditions of the citizens⁶. It was not just the creation of public institutions deputed to produce *welfare*. It was also a cultural tradition founded not in general on human dignity, but, specifically on social dignity, as visible in the words of the Italian Constitution (Article 3).

It was accomplished the transformation from a *minimal liberal State* to a *maximum Welfare State* due to the identification of new priorities that meant full employment granted by politics, rising wages, old age pensions, high level of health care and education, collective wage bargaining, fiscal policy aiming to control economic inequalities, state control on industries of strategic importance⁷. But above all, there was the political will to produce “social and economic security” for each individual and to reduce the many faces of vulnerability experienced in the past. It was considered a sign of *social civilization* against the model of an *economic Darwinism* that allows the fittest to survive, and reject the weak and the poor, submerged by their needs and consequently neglected. Behind the law, there was the intention to fight a kind of *social apartheid* that would have created a not egalitarian society divided like an hourglass into the two vertices of the privileged ones on the top and the poor at the bottom.

Thanks to the principle of solidarity, the *inclusion of the other* was the ideal aimed to create mutual ties and a sense of social responsibility for the economic and social conditions of the other⁸. The State provided varieties of

⁵ R. Alexy, *A theory of Constitutional Rights*, transl. by Julian Rivers, Oxford 2002, p. 192, 178 ff.

⁶ L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna 2013, pp. 63 ff. F. Ferraro, *The social dimension of fundamental rights in times of crisis*, in S. Civitarese Matteucci, S. Halliday (eds.), *Social Rights in Europe in an Age of Austerity*, London-New York, 2018 pp. 205-207.

⁷ W. Streeck, *Buying Time. The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, London 2014. For a shorter insights of his theory see also Id., *The crisis in context: Democratic Capitalism and Its Contradictions*, MPIfG Discussion Paper 11/15.

⁸ Of course, it is a recall of the expression of the book by J. Habermas, *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, Cambridge, Mass. 1993. About the legacy of the *social*

safeguards and insurance schemes in order to afford the *social question* of a vulnerable society⁹.

The specific need for protection of being social actor, in specific social contexts, led to the *multiplication* of fundamental rights through the *specification* of social rights: children's rights, women's rights, workers' rights, rights of persons with disabilities, rights of the elderly, rights of ill patients became understandable under the multiple conditions related to age, sex, physical, economic and social conditions that gave entitlement to many and different rights¹⁰. The interest in the social dimension did not mean that liberal tradition was under attack but that the values of autonomy and freedom were evaluated by the real possibilities to live an independent and self-oriented life thanks to material means and opportunities. It is not enough that the individual is free "from the State" if he is not free "in society" because the State can be liberal but the society can be despotic if the structure of private powers is a threat to social dignity and equality¹¹. This is, for example, particularly evident in the labor market and health care, where the lack of protection toward unemployment and precarious health condition (that needs expensive care), belittles the value and the power of citizenship that has an undeniable social component¹².

2. The Counter-revolution. Welfare State in retreat and the expansion of private sector.

The post-war constitutional narrative can be read, in some pages, with antiquarian's lens. This is true, in particular, for the Italian experience where social rights, provided in the first part of the Constitution, are closer to a

question in the XIX century see also, D. Moggach, P. Leduc Browne (eds.), *The Social Question and the Democratic Revolution. Marx and the Legacy of 1848*, Ottawa 2000.

⁹ G. Esping-Andersen, *The Three World of Welfare Capitalism*, Cambridge 1990; J. Vercherand. *The "Social Question" since the 19th Century*, in Id., *Labour*, London 2014, pp. 9-52. H. Brunkhorst, *Solidarity. From Civic Friendship to a Global Legal Community*, Cambridge (MA), London 2005; S. Stjerno, *Solidarity in Europe. The History of an Idea*, Cambridge 2005; M-C. Blais, *La solidarité. Histoire d'une idée*, Paris 2007.

¹⁰ Above all in the Italian debate see N. Bobbio, *The age of rights*, Cambridge 1995; G. Pino, *Crisi dell'età dei diritti?* in *Etica e politica/Ethics & Politics*, XV, 1 (2013), pp. 104 ff.; Id., *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, in *Ragion pratica*, 47 (2016), pp. 495 ff.; Id., *Costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna 2017.

¹¹ N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Torino 1995.

¹² T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, London 1992.

historical backdrop of out-of-time considerations¹³. The economic and social situation challenges the first articles of the Constitution: «Italy is a democratic Republic founded on labor» (art. 1); «It is the duty of the Republic to remove those obstacles of an economic or social nature which constrain the freedom and equality of citizens, thereby impeding the full development of the human person and the effective participation of all workers in the political, economic and social organization of the country» (art. 3.2). This principle defined the goal of a gradual homogenization of the social foundations of the country thanks to the economic and social emancipation¹⁴.

But, what was constitutionally credible to the generation after the II World War, today is unreliable to its sons in an arch of time of almost forty years, by the decreasing of social aspects and the fostering of economic liberties. In its crucial part on social rights and solidarity, the Italian Constitution is not timely anymore. It is like a work of art splintered on the edges. Not experiencing the *invisible revolution*, as described by Jean Fourastié, the next generation can testify the *counter-revolution* based on the dismantling of the welfare system, the deregulation of the market, and the primacy of the web as a key site of democratic discourse¹⁵.

In 2012 a constitutional reform introduced the budgetary balance principle in article 81 (in the second part of the Italian Constitution), as required by *Fiscal Compact* and since then, it has heavily limited social expenditure. This constitutional change is just the emerging cusp of the years following the *Glorious Thirties* when redistribution, social protection and State intervention in the economy were seriously reconsidered. The principle of solidarity has been restricted in its potential application, and it has been considered an “awkward” concept despite the economic trends to be light and loose from

¹³ About the democratic crisis also in EU context see, in the Italian debate, L. Canfora, G. Zagrebelsky, *La maschera democratica dell'oligarchia*, (G. Preterossi ed.), Roma-Bari; C. Crouch, *Post-Democracy*, Cambridge 2004.

¹⁴ In the Italian constitutional debate about the meaning of the fundamental principles of the Constitution see G. Branca (ed.), *Commentario della Costituzione, Art. 1-12: Principi fondamentali*, Bologna-Roma 1975. About art. 1 and social democracy see C. Mortati, *Commento all'art. 1*, in G. Branca (ed.), *Commentario della Costituzione, Art. 1-12: Principi fondamentali*, cit., p. 1 ff.

¹⁵ About the gap between generations due to the transformation of the State and the counter-revolution that put Europe in retreat see, J. Zielonka, *Counter-revolution. Liberal Europe in retreat*, Oxford 2018; J. Clifton, F. Comín, D. Díaz Fuentes, *Privatization in the European Union: public enterprises and integration*, Dordrecht 2003; E. Huber, J.D. Stephens, *Development and crisis of the welfare state: parties and policies in global markets*, Chicago 2001.

social constraints, while privatization and deregulation were supposed to free citizens by an incorrect and ineffective central direction from the State.

Besides, it was also said that the free market would have empowered citizens, helping them to develop entrepreneurial abilities¹⁶. This scenario was, but it is still today, informed by «an anthropological image of ‘man’ as rational chooser and entrepreneur, exploiting his or her own labor-power; by a moral point of view of society that accepts growing cleavages and exclusions; and by a political doctrine that trades a shrinking scope of democracy for freedom of the market»¹⁷.

These are the building blocks of a neo-liberal vision that allowed the expansion of the private sector and the State is unable to keep the social commitments undertaken with the citizens because they are not its unique interlocutors¹⁸. Because of the tax burden’s reduction, private debts expose the States to the compelling request of other subjects. International markets must be reassured, the State is still formally liberal and democratic, but economically it is in the weak position of a debtor.

By the political point of view this new qualification “*debt State*” determines the overturning of its scope: from the public goals to mainly commercial target. So, the State’s sovereignty is not anymore defined by the classic adjective of the political lexicon: absolute, constitutional, popular, but *belittled* or even worse, *absent* as vividly coined in the Italian debate¹⁹. Debt States are no longer but «semi-protectorates run by a consortium of creditor states represented by the IMF and the Eurogroup»²⁰.

¹⁶ J. Zielonka, *Counter-revolution. Liberal Europe in retreat*, cit., p. 55. Not by change in 1994 the entrepreneurial skills were decisive to the political rise of Silvio Berlusconi in the public opinion and among the voters.

¹⁷ J. Habermas, *Why Europe needs a Constitution*, in *New Left Review*, 11 (2001), p. 12. C. O’Brien, *I trade, Therefore I Am: Legal Personhood in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 50 (2013), pp. 1643 ff. C. O’Brien, *Civis Capitalist Sum: Class as the New Guiding Principle of EU Free Movement Rights*, in *Common Market Law Review*, 53 (2016), pp. 937 ff.

¹⁸ D. Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford 2005; S. Lee Mudge, *What is Neoliberalism?* in *Socio-Economic Review* 6 (2008), pp. 703 ff.; M. B. Steger, R. K. Roy, *Neoliberalism. A Very Short Introduction*, Oxford 2010; S. Lee Mudge, *What is Neoliberalism?* in *Socio-Economic Review* 6 (2008), pp. 703 ff.; M. Jepsen, A. Serrano Pascual, *The European Social Model: an exercise in deconstruction*, in *Journal of European Social Policy*, XV, 3 (2005), pp. 231 ff.

¹⁹ B. Spinelli, *Sovranità assente*, Torino 2014.

²⁰ J. Zielonka, *Counter-revolution. Liberal Europe in retreat*, cit., p. 59; J. Habermas, *The Lure of Technocracy*, Cambridge 2015; A. Supiot, *Homo juridicus. On the Anthropological Function of the Law*, Verso, London-New York 2007.

This is a crucial point because in the past the defaulting situation was the typical risk-taking of the market's agents and the State, by definition, was out of the market, inasmuch sovereign subject. The impossibility to go bankrupt was also due to the disposition of the instrument to control the economy. The State was not a commercial company, but a *necessary entity*, unlike private individuals. But nowadays, the private and commercial dimension has broken into the public area and reached the wealth of the State. It is more than ever dominated by the external approval of the market so that it can be under its compulsory administration, requiring economic as well as institutional reforms²¹.

It is precisely what Georges Gurvitch envisaged in *The Bill of Social Rights* as the new threats of totalitarianism for the XX century: financial oligarchy, absolutism of private profit and blind inclination to technocracy that interfere with the functioning of the institutions of political democracy and subjugate men to arbitrary powers in the economic sphere. It forms a *private government* which «often openly clashes with the political governments, directly stays the application of the legislative power of the State and erects *les murs d'argent* (walls of money) against any indispensable reform»²². “Private opulence and public squalor” are the tracks of our time²³.

It is the withering away of the law, and the State is decomposed in its crucial point of democratic legitimacy and social responsibility²⁴. It retreated from the vital economic sector as trade, industrial competition, energy, health, financial services, environment. Because of the commodification of social protection, the individual is left alone to gain in the market, by his own means, what he needs. The consequence is that not everybody has material possibility to pay for the services whose prices are not regulated and can be very expensive. The neo-liberal approach has, also, dramatic effects on labor because of the precarious, underpaid and even unsafe work conditions²⁵. Productivity is often

²¹ G. Zagrebelsky, *Moscacieca*, Roma-Bari 2015, pp. 33-45.

²² G. Gurvitch, *The Bill of Social Rights*, New York 1946, p. 44.

²³ T. Judt, *Ill Fares the Land*, London 2009.

²⁴ In the current debate about the crisis of democracy in Italy, Luigi Ferrajoli spoke of *wild powers* that do not recognize the limits of constitutional democracy but foster its populist involution. L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari 2011; See also G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* Roma-Bari 2013 who speaks of a return to the past in the absolutization of powers.

²⁵ G. Standing, *The Precariat. The New Dangerous Class*, New York 2011, pp. 26 ff.; R. Castel, *Les Métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris 1995; Id., *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé ?* Paris 2003.

gained beyond the limits of social protection. The Market's logic lets the rights appear as a not affordable optional rather than untouchable entitlements.

It is not the age of the *social question* with its demands for social rights, but the *economic question* with its demands to cut social rights, following austerity policies that diminished the quality of life, and the gap between generations widens. Because of this, society is disrupted and the State resembles a giant without its crown, without the recognizable signs of its legitimacy²⁶. The market – as a political form of “non-place” - became the ultimate weapon of a supranational power that no longer needs the state in order to function²⁷. The State is the executor of a supreme power to which it is not given to dissent. This economic submission produces a severe and worrying distrust in law and its institutions.

3. Flat solidarity and besieged democracy in the European Union.

The current crisis cannot be transitory as it is the result of a profound change that involved, along the years, Western societies engaged with a disembedded economic order²⁸. It is not accidental that the most significant progress in the European Union was made at the sunset of the *glorious thirties* when the promise of a wider and stronger European Single Market was seen as the solution to the incumbent economic crisis experienced at the national level. Indeed, in the Seventies, Greece, Portugal, and Spain applied to join the European Community²⁹. In 1987 the Single European Act, the first major revision after the Treaty of Rome in 1957, was the answer to two imperative needs: to complete the construction of the internal market, at stake after the economic crisis of the Seventies, and to start a first embryo of the political Union³⁰. In 1990 the Schengen Agreement abolished the internal border

²⁶ Z. Bauman, C. Bordoni, *State of crisis*, Cambridge 2014; Z. Bauman, *A Chronicle of crisis 2011-2016*, Social Europe Edition, 2017; About the severe reduction in public expenditure in the crucial area of social assistance in Italy see A. Albanese, *Italy*, in S. Civitarese Matteucci, S. Halliday (eds.), *Social Rights in Europe in an Age of Austerity*, London-New York, 2018.

²⁷ C. Bordoni, in Z. Bauman, C. Bordoni, *State of crisis*, cit.

²⁸ On the difference between “embedded” and “disembedded” economic orders see K. Polanyi, *The Great Transformation*, Massachusetts 1944.

²⁹ ETUI, *Enlargement of the European community following the accession of Greece, Spain, and Portugal: socio-economic aspects*, Brussels 1979.

³⁰ G. McKenzie, A. J. Venables, *The Economics of the Single European Act*, Basingstoke 1991; G. Strozzi, R. Mastroianni, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, Torino 2016, p. 11. P. Hilpold, *Understanding Solidarity within EU Law: An Analysis of the 'Islands of Solidarity' with Particular Regard to Monetary Union*, in *Yearbook of European Law*, 34, 1 (2015), pp. 257 ff. B. van Apeldoorn, *Transnational capitalism and the struggle over*

checks creating the Schengen Area that operates very much like a single state for international travel purposes with external border controls for travelers entering and exiting the area, and a common visa. In the same year, the Rome European Council set out, in its conclusions, the framework within which the two Intergovernmental Conferences (IGCs) on Economic and Monetary Union (EMU) and Political Union were going to be conducted. It was the beginning of what still remains today the core of the European Union: a free space of movement with a European citizenship not social, but basically libertarian, since the union is only monetary and as such neither economic or financial³¹.

At the origin of the European project «the founding fathers and, more generally, most of the relevant national elites conceived the European integration as a project capable of creating a virtuous circle between open and outward-looking economic policies on the one hand, and closed welfare states and inward-looking social policy on the other. ‘Smith abroad, Keynes at home’»³².

But this combination, *Welfare State at home, Member State abroad* defined an untenable and “irrational institutional architecture of the Union” that has favored self-defeating policies whose effects are visible today³³. Internal market and competition law «have an important effect on the organization of ‘services of general interest’, including, most importantly, social services of various kind (arts 45-66 TFEU). Enforcement in both areas has the potential for undermining the ability of states to regulate such services in ways necessary to preserve domestic commitment to solidarity and social protection»³⁴. Smith is more than ever alive, while Keynes died.

The European Union was designed as a liberalization machine putting forward a negative rather than positive integration that would have been possible

European integration, London New York, 2002. S. Giubboni, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell’Unione Europea*, in *Quad. Dir. Lav.*, 27 (2004), pp. 9 ff.

³¹ F. Sharpf, *Europe’s Neo-liberal Bias*, in A. Hemerijck, B. Knapen, E. van Doorne (eds.) *Aftershocks. Economic Crisis and Institutional Choice*, Amsterdam 2009, pp. 228-234.

³² M. Ferrera, *The Boundaries of Welfare: European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford 2006, p. 92.

³³ L. Ferrajoli, *Democrazia e diritti nella crisi dell’Unione Europea*, in *Fundamentos*, 9 (2016), pp. 16 ff.; K. Tuori, K. Tuori, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge 2014. About the European integration and the transformation from Nation-State to member State see C. J. Bickerton, *European Integration: From Nation-State to Member State*, Oxford 2012.

³⁴ A. Sangiovanni, *Solidarity in the European Union*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, (2013), p. 14; N. Boeger, *Solidarity and EC Competition Law*, in *European Law Review*, 32 (2007), pp. 319 ff. L. Baccaro, C. Howell, *Trajectories of Neoliberal Transformation. European Industrial Relations Since the 1970s*, Cambridge 2017.

fostering a European social dimension³⁵. It should not be forgotten the invasive role of the European Court of Justice oriented to the economic freedoms, thanks to the doctrine of “Direct effect of European Union Law”, the “Primacy of EU law” and the “Mutual recognition” in the Single Market³⁶.

The economy as main unification factor has been converted in the main division factor. The monetary union was thought as the privileged instrument to consolidate the free market, assigning to the national level the protection of social rights. It generated a kind of *flat* solidarity among Member States since it worked mainly within the internal borders, given the absence of a European Welfare system. In general, the goals of solidarity, social protection, economic and social growth, social and territorial cohesion textually provided by the Treaties and the Charter of Fundamental Rights of the European Union have to be gained individually by each States, with their own means³⁷. But this means that inequality in Europe is “relatively stable, but absolutely alarming”³⁸.

The crisis is amplified by the impossibility of sovereign economies in the Euro-zone to competitively devalue their currencies as they are locked into a single common unit³⁹. National social spaces have been converted «into adjustment variables whose main function is to contribute to the pursuit of EMU-related objectives. This transformation alters the balance between the economic and

³⁵ W. Streeck, *Buying Time. The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, cit., p. 104; F. Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?* Oxford 1999; A. Sangiovanni, *Solidarity in the European Union*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, (2013), pp. 12-13; R. Bieber, F. Maiani, *Ohne Solidarität keine Europäische Union: Über Krisenerscheinungen in der Wirtschafts- und Währungsunion und im Europäischen Asylsystem*, in *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2011/2012*, (2012); S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna 2012; H. Brunkhorst, *Solidarity in Times of Crisis – Constitutional Evolution and Europe*, in A. Laitinen, A. B. Pessi (eds.), *Solidarity, Theory and Practice*, Lanham-Boulder-New York- London, 2015, pp. 178 ff.

³⁶ *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* (Case 26/62), *Costa v. Enel* (Case 6/64), and *Cassis de Dijon* (Case 120/78).

³⁷ As written in the sixth preambular provision of the Treaty of the European Union (TUE), the Member States express their desire ‘to deepen the solidarity between their peoples while respecting their history, their culture and their traditions’. According to art. 2 TEU, solidarity is a foundational value of the European Union. According to art. 3 (3) TEU, the Union aims at promoting ‘economic, social and territorial cohesion, and solidarity among Member States’. See also Articles 9, 67, 80, 122, 194, 222 of the TFEU.

³⁸ M. Dauderstädt, C. Keltek, *Inequality in Europe. Relatively Stable, Absolutely Alarming*, in *Politik für Europa*, (2017), pp. 2-4.

³⁹ For an analysis of the European debt crisis see, T. Draper, *An analysis of the European debt crisis: its etiology, current status, and possible future direction*, in *Cris Bulletin*, 1, (2013).

the social dimension in the EU legal order, deforming one of the defining traits of its constitutional identity»⁴⁰.

Besides this, the other major problem of the European Union is that the Commission and the Council that have not been politically democratized through popular investiture, are not even subjected to the strict limits to guarantee the equality of all European citizens⁴¹. In these institutions, each State defends its own interests and the weaker States are forced to suffer the commands of the strongest ones. Cooperation in difficult time is converted into the competition of winners and losers and instead of being redistributive, solidarity has competitive traits⁴².

The losers had to comply with bigger entities even at the cost of the loss of the representative function of the Parliament: «every Government has also a duty to educate Parliament». These were the words of Mario Monti, Head of the Italian Government at the worst of the Italian economic crisis. The statement sounded dangerous to many scholars and politicians because it had the effect to weaken the democratic legitimacy in favor of a technocratic design more and more away from meeting the needs of the citizens⁴³.

National solidarity operates for European workers in the host State because they are economically active subjects. The access to social assistance for a not permanent resident is conditional on the self-sufficiency requirements intended to demonstrate that the migrant will not become an unreasonable burden on the State (Directive 2004/38 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the

⁴⁰ F. Costamagna, *National Social Spaces as Adjustment Variables in the EMU: A Critical Legal Appraisal*, in *European Law Journal*, 24 (2018), p. 164. M. Ferrera, *Solidarity in Europe after the crisis*, in *Constellations*, 21, 2 (2014) pp. 222 ff. M.A. Wilkinson, *Politicising Europe's Justice Deficit: Some Preliminaries*, in D. Kochenov, G. De Búrca, A. Williams (eds.), *Europe's Justice Deficit?*, Oxford-Portland (Oregon), 2015, pp. 111 ff. J. Viehoff, K. Nikolaïdis, *Social Justice in the European Union: The Puzzle of Solidarity, Reciprocity and Choice*, in D. Kochenov, G. De Búrca, A. Williams (eds.), *Europe's Justice Deficit?*, cit., pp. 277 ff. C. Margiotto (ed.), *Europa: diritto della crisi e crisi del diritto. Austerità, diritti, cittadinanza*, Bologna 2018.

⁴¹ L. Ferrajoli, *Democrazia e diritti nella crisi dell'Unione Europea*, in *Fundamentos*, 9 (2016), pp. 16 ff.

⁴² W. Streeck, *Competitive solidarity: Rethinking the European social model*, in MPIfG Working Paper 99/8.

⁴³ That was an “executive time” that expressed the distrust towards politicians and the trust towards technocrats, G. Zagrebelsky, *Moscacieca*, Roma-Bari 2015, pp. 11 ff. During the worst years of the crisis the impact of the *Troika* on the political reforms in Italy as well as in Greece was huge. For the financial profiles of the crisis, see C. Lapavistas, *Profiting without Producing. How Finance Exploits Us All*, London 2013. M. Ferrera, *The European Social Union: A Missing but Necessary Political Good*, in F. Vanderbroucke, C. Barnard, G. De Baere (eds.), *A European Social Union after the Crisis*, Cambridge 2017, pp. 47 ff.

Member States)⁴⁴. The Regulation 883/2004 on the coordination of social security systems establishes that *special non-contributory cash benefits* shall be provided exclusively in the Member States in which the persons concerned reside in accordance with its legislation. So when the Member States lay down conditions for granting of the *special non-contributory cash benefit*, they do not fulfill the obligations arising from the EU law and they can derogate to the non-discriminatory principle (Article 4 of the Regulation 883/2004) until the citizen does not gain the permanent residency permit⁴⁵.

The economic European funds managed by the European Commission (European Social Fund) are episodically used for the deprived areas of the Union, not divided in a periodical redistributive manner. The widest dimension of Europe thanks to its opening to the Eastern European countries reduced the impact of the funds on each territory and postpones the homogenization of different economies. Indeed, the Treaty of Lisbon expressly refers to competitiveness, outlining an open market economy and a free competition also vividly confirmed by the recent jurisprudence of the European Court of Justice about cases that involved Eastern European countries⁴⁶.

⁴⁴ P. Minderhoud, *Sufficient Resources and Residence Rights under Directive 2004/38*, in H. Verschueren (ed.), *Residence, Employment and Social Rights of Mobile Persons. On How EU Law Defines Where They Belong*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016, pp. 47 ff. R. Bellamy, *The Liberty of Post-Moderns? Market and Civic Freedom within the EU*, in *LEQS*, 1 (2009). F. Costamagna, S. Giubboni, *The Burden of Intra-EU Mobility on National Welfare Systems: Between Myth and Reality. Some Introductory Remarks*, in *Politiche sociali/Social Policies*, 4, 3 (2017), pp. 419 ff. Id., *Free movement of persons and transnational solidarity in the European Union (EU): a melancholic eulogy*, in S. Civitarese Matteucci, S. Halliday (eds.), *Social Rights in Europe in an Age of Austerity*, London New York, 2018.

⁴⁵ This is the approach adopted by of the European Court of Justice in the cases *Dano* (C-133/13), *Alimanovic* (C-67/2004), *Garcia-Peña* (C-299/2014). About the retreat of the Court to give a wider breath to the principle of solidarity, partially enucleated in *Martinez Sala* (C-85/96), *Grzeleczyk* (C-184/99) see, S. Giubboni, *La solidarietà come «scudo». Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quaderni costituzionali*, 3, (2018), pp. 591 ff.

⁴⁶ D. Vaughan-Whitehead, *EU Enlargement versus social Europe? The uncertain future of the European Social Model*, Cheltenham 2003; Id., *Work and employment conditions in new EU Member States: a different reality?*, in *Industrial relations in the new Europe*, (2007), p. 41; C. Woolfson, J. Sommers, *Labour mobility in the construction. European implications of the Laval un Partneri dispute with Swedish labour*, in *European Journal of Industrial Relations*, (2006), p. 49; M.V. Ballestrero, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, Wp Csdle Massimo D'Antona-INT 55/2007: http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/ballestrero_n54-2007int.pdf, (25.06.2019).

After the shock of the financial crisis in 2009, the *Europlus* of 2011 was the first instrument to contrast the adverse economic situation in which the States committed themselves to incorporate the budgetary rules of the European Union into national legislation, as set out in the *Stability and Growth Pact* which was followed by the *Six Pack* and lastly the *Fiscal Compact* with its strict austerity rules which were supposed to provide a remedy for out-of-control government spending⁴⁷. The mechanism was defined as a *Counter-Constitution* thanks to which the conquest of constitutional democracy and social guarantism were put under a *shroud* of oblivion. Sovereign debts «were to be managed according to the principles of austerity because only in this way, near-defaulting states were told, would they regain the confidence of markets»⁴⁸.

But the wide limitation of sovereign powers on the budgetary question was seen to contrast the national constitutions, as well as the Law of Treaties itself because it imposed economic reforms bypassing democratic processes. Austerity policies contrast also with the *Charter of Fundamental Rights of the European Union* that has the same value as the Treaties (art. 6 TFEU). It provides a specific chapter on *Solidarity* clearly violated in its article 34 according to which the Union *recognizes* and *respects* entitlement to social security benefits and social services [...] in accordance with the rules laid down by Community law and national laws and practices. It also recognizes that everyone residing and moving legally within the European Union is entitled to social security benefits and social advantages in accordance with Community law and national laws and practices.

Austerity policies turned out to be “stone rafts” unable to provide help and triggering a conflict among rich and poor States in a framework of cascading inequalities that is far from the equal social dignity of citizenship. On the contrary, European citizenship gained a *punitive* character which contrasts the original idea of an ever closer union⁴⁹. But citizenship has to be egalitarian,

⁴⁷ T. Briebicher, F. Vogelmann (eds.), *The Birth of Austerity. German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*, London-New York 2017.

⁴⁸ E. Christodoulidis, M. Goldoni, *The Political Economy of European Social Rights*, in S. Civitarese Matteucci, S. Halliday (eds.), *Social Rights in Europe in an Age of Austerity*, cit., p. 7. M. Blyth, *Austerity*, Oxford 2013; The central provision of the *Fiscal Compact* directs member States to incorporate into their Constitutions a “golden rule” that is the requirement that yearly budget be balanced. In the Italian debate S. Rodotà, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari 2014, p. 6; S. Giubboni, *Solidarietà*, in *Politica del diritto*, 4 (2012), pp. 525 ff.

⁴⁹ C. Margiotta, *Cittadinanza europea. Istruzioni per l’uso*, Roma-Bari 2014, p. 161. F. De Witte, *Justice in the EU. The Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford, 2015. F. Heisbourg, *La Fin du rêve européen*, Paris 2013. A. Giddens, *Turbulent and Mighty*

providing a common set of rights otherwise it is the perfect tool to the consolidation of a free market for rich and a flea market for poor.

4. “*Flags of convenience*” and other tricks. Labour and social rights on the brink: politically too slow, judicially too loose.

The absence of a unified European social system makes possible the *social dumping*, as a set of practices aimed at gaining an advantage over competitors, which could have important negative consequences on economic processes and workers’ social security. The pattern of competition provides market participants with vast incentives to avoid or circumvent regulatory constraints, including social regulations. This practice is very often used by employers to find cheaper labor in different national systems in order to save money and to increase profit. Tensions between social regulations and the market-making agenda became particularly evident and worrisome with the extension of the European market to the Central-Eastern European countries.

The enlargement of the market offered an attractive ground for the evasion of social regulations, confirming the primacy of economic rights over social protection and triggering a top-down process. Social dumping poses a major risk to social cohesion and solidarity. It widens existing gaps and creates new divisions at the company, sectoral and societal level and new fragmentations in the protection of social rights⁵⁰.

In the last decade, the European Court of Justice decided landmark cases mainly oriented to safeguard economic freedoms enshrined in Articles 49 and 56 TFEU and stating their prevalence over the right of workers to take collective action and the effectiveness of social action. Some of the most famous cases are *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, and *Luxemburg*⁵¹.

Continent: What Future for Europe ? Cambridge 2013. G. Soros, G. P. Schmitz, *The tragedy of the European Union: Disintegration or Revival?* New York 2014. N. Countouris, M. Freedland (eds.), *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge 2013.

⁵⁰ M. Bernaciak (ed.), *Market Expansion and Social Dumping in Europe*, London-New York 2017; J. Alber, G. Standing *Social dumping, catch-up or convergence? Europe in a comparative global context*, in *Journal of European Social Policy*, 10 (2) (2000), pp. 99-119; K. Gajewska, *Transnational labour solidarity: mechanism of commitment to cooperation within the European trade union movement*, London-New York 2009; T. Krings, *A race to the bottom? Trade unions, EU enlargement and the free movement of labour*, in *European Journal of Industrial Relations*, 15, 1 (2009), pp. 49 ff.; Meardi G. *Social failures of EU enlargement: a case of workers voting with their feet*, London-New York 2012.

⁵¹ M. Freedland, J. Prassl (eds.), *Viking, Laval and Beyond. EU Law in member States*, London 2015. S. Sciarra, *Viking and Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lavoro e diritto*, 2 (2008), pp. 245 ff.; V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e*

The *Viking Case* (C-438/05) concerned a collective action related to the reflagging of the vessel *Rosella* from Finland to Estonia. The *Rosella* was operating at a loss and the shipping company wanted to reflag it and enter into a collective bargaining agreement with an Estonian union, to impose lower wages. The Finnish Seaman's Union (FSU) objected to the reflagging and the International Transport Workers' Federation (ITF) had been running a Flag of convenience campaign (FOC), asked all affiliated member unions not to negotiate with Viking Line and to take other solidarity industrial action against both the *Rosella* and other Viking vessels⁵².

The EU Court ruled that such collective action is not excluded from the scope of Article 49 TFEU (ex 43 EC) on the right of establishment. The Court stated that Article 49 TFEU is capable of conferring rights on a private undertaking which may be relied on against a trade union or an association of trade unions. Indeed, the provisions on freedom of establishment have horizontal effects. The Court pointed out that it is clear from its case-law that the abolition, as between the Member States, of obstacles to freedom of movement of persons and freedom to provide services, would be compromised if the abolition of State barriers could be neutralized by obstacles resulting from the exercise, by associations or organizations not governed by public law, of their legal autonomy. The Court held that collective action, such as that at issue in the dispute, constitutes a restriction of the right of establishment. The restriction may, in principle, be justified by an overriding reason of public interest, such as the protection of workers, provided that it is proportional. It was for the national court to ascertain whether the restriction could be justified⁵³.

The *Laval Case* (C-341/05) concerned a Latvian company which posted workers to work for construction companies in Sweden. The company was the target of collective actions by Swedish trade unions that wanted to force it to enter into negotiations with them on the rates of pay for posted workers. The negotiations broke down and Laval signed collective agreements with the Latvian building sector trade union, to which 65 percent of the posted workers

Laval: la Corte di Giustizia "bilancia" il diritto di sciopero in *Lavoro e diritto*, 2 (2008), pp. 371 ff. A. Dashwood, *Viking and Laval: Issues of Horizontal Direct Effect*, in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, in C. Barnard (ed.), vol. X, Oxford 2008, p. 525. U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Torino 2009; A. Andreoni e B. Veneziani (eds.), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Roma 2009; A. Vimercati (ed.), *Il conflitto sbilanciato*, Bari 2009.

⁵² C. Barnard, *Employment Rights, Free Movement under the EC Treaty and the Service Directive*, in M. Rönnefar (ed.), *EU Industrial Relations v. National Industrial Relations. Comparative and Interdisciplinary Perspectives*, The Netherlands 2008, p. 148.

⁵³ P. Craig, G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford 2011, p. 189

were affiliated. The Swedish trade union took collective action (by means of a blockade of all Laval sites in Sweden) that was supported by other Swedish trade unions. The company brought proceedings in the Swedish courts arguing that the trade union action was unlawful and it conflicted with rights established under Article 49 EC [now Article 56 of the TFEU]. The Laval case went to the ECJ, where it was considered in the context also of the *Viking case* and under the specific consideration of Directive 96/71 on posted workers (PWD)⁵⁴. The latter sets out minimum standards that must be applied in the case of workers posted from one Member State to work in another. Article 3 of the directive states that the Member States should ensure that terms and conditions established by law, or by universally applicable collective agreements, apply to posted workers, in particular in relation to minimum work periods, breaks, annual holidays and rates of pay.

The EU Court held that article 56 TFEU and Article 3 of Workers Directive preclude a trade union from attempting to force a provider of services established in another Member State to enter into negotiation regarding rates of pay and to sign a collective agreement with terms *besides* and *above* the hard nucleus. In Sweden, there was no statutory minimum wage and there were not collective agreements universally applicable. Consequently, in the absence of legally enforceable national provisions, industrial action to impose terms could not be justified under EU law.

The *Rüffert Case* (C-346/06) concerned a law from Lower Saxony in Germany (Land Niedersachsen) on the award of public contracts, applying to all contracts with a value of more than €10.000. The law aimed to counteract distortions of competition within the construction and transport sectors that could arise through the use of cheap labor and practice of *social dumping*. To gain its goals the law limited the right to contract to those undertakings prepared to pay the wages laid down in the relevant sectoral collective agreement. But the law also extended beyond the contract to sub-contractors and provided for a penalty on the contractor for any breach of the law by the sub-contractor. A German company won a tender with the German state of Lower Saxony concerning the construction work at a prison. The company subcontracted work to a Polish service provider whose workers were paid lower wages than prescribed by the relevant collective agreement. Lower

⁵⁴ <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/laval-case> (25.06.2019); G. Arrigo, C. Casale, *International Labour Law Handbook from A to Z*, Torino 2017, p. 207.

Saxony annulled the contract and imposed financial penalties on the company since the German company did not comply with the contract.

The EU Court stated that the demand to pay wages according to the relevant collective agreements did not comply with the Posting Workers Directive, read in the light of Article 56 TFEU. According to the Court, the wages were not fixed in accordance with one of the procedures provided for in the Posting Workers Directive. The collective agreement mentioned in the Public Procurement Act in Lower Saxony was not *generally applicable* (according to Article 3.1 of the Directive). Furthermore, the method used in Lower Saxony could not be regarded as an application of the method in 3(8) of the Directive. The main reason was that Article 3(8) may only be used if there is no system for declaring collective agreements to be of universal application, which is not the case in the Federal Republic of Germany.

The case *Commission v. Luxembourg* (C-319/06) was about the right implementation of the Posting Workers Directive by Luxembourg. According to the Commission, Luxembourg had failed, in several respects, to implement it correctly. The Commission claimed that Luxembourg imposed obligations on those undertakings which went beyond those laid down by PWD (for example, by wrongly describing national provisions as mandatory provisions falling under national public policy, and thereby requiring undertakings which post workers to its territory to comply with them). The Commission also criticized Luxembourg for failing fully to transpose Article 3(1) (a) of Directive 96/71, relating to maximum work periods and minimum rest periods, and for violating Article 49 EC by requiring foreign undertakings posting workers to Luxembourg to fulfill certain additional requirements that were not required by undertakings established in Luxembourg.

The Court's interpretation of Article 3.10 of the Directive is of special interest since it recognizes that the Member States may extend conditions of employment on matters besides the hard nucleus if they concern *public policy provisions*. The public policy exception is, according to the Court, a derogation from the fundamental principle of freedom to provide services, which must be interpreted strictly and the scope of which cannot be determined unilaterally by the Member States. Consequently, the action of the Commission was upheld in its entirety.

5. Something is changing? Directive 2018/957 on posted workers.

In 2018, the new Posted Workers Directive 2018/957 was adopted in order to remedy these unsocial results evidenced in the CJEU case law making

acceptable the situation of social dumping. The main problem of the previous directive was that it prevented States and trade unions from imposing on foreign companies full compliance with the regulatory and remuneration standards set up by the collective agreements not universally applicable. The new directive was welcomed by the European Trade Union Confederation (ETUC) because it could finally address, to some extent, the long and sluggish building of Social Europe.

The first important point is the 'subject-matter and scope' in article 1: «This Directive shall ensure the protection of posted workers during their posting in relation to the freedom to provide services, by laying down mandatory provisions regarding working conditions and the protection of workers' health and safety that must be respected». In par. 1a, there is a *safeguard clause* according to which «[t]his Directive shall not in any way affect the exercise of fundamental rights as recognized in the Member States and at Union level, including the right or freedom to strike or to take other action covered by the specific industrial relations systems in the Member States, in accordance with national law and/or practice. Nor does it affect the right to negotiate, to conclude and enforce collective agreements, or to take collective action in accordance with national law and/or practice». This is particularly important in relation to previously decided *Laval case* on the right to strike because it allows to negotiate better rates.

According to Article 3 par. 1: the Member States shall ensure, irrespective of which law applies to the employment relationship, that undertakings guarantee, on the basis of equality of treatment, that workers who are posted to their territory are offered the same terms and conditions of employment as nationals of this State. In fact, the Directive covers matters which are laid down in the Member State where the work is carried out: - by law, regulation or administrative provision, and/or - by collective agreements or arbitration awards which have been declared universally applicable (or otherwise apply in accordance with paragraph 8).

The matters concern maximum work periods and minimum rest periods, minimum paid annual leave, remuneration, including overtime rates [this point does not apply to supplementary occupational retirement pension schemes]; the conditions of hiring-out of workers, in particular the supply of workers by temporary employment undertakings; health, safety and hygiene at work; protective measures with regard to the terms and conditions of employment of pregnant women or women who have recently given birth, of children and of young people; equality of treatment between men and women and other provisions on non-discrimination; the conditions of workers'

accommodation where provided by the employer to workers away from their regular place of work; allowances or reimbursement of expenditure to cover travel, board and lodging expenses for workers away from home for professional reasons.

The second important new issue is that article 3, par. 1, let. c, substituted the “minimum rate” with “remuneration, including overtime rates”. Thus, the Directive makes a step forward in comparison to a minimalistic reading of Directive 96/71, in the direction of the principle of equality of treatment with national workers.

For the purposes of this Directive, «the concept of remuneration shall be determined by the national law and/or practice of the Member State to whose territory the worker is posted and means all the constituent elements of remuneration rendered mandatory by national law, regulation or administrative provision, or by collective agreements or arbitration awards which, in that Member State, have been declared universally applicable or otherwise apply in accordance with paragraph 8». Member States shall ensure that undertakings guarantee, on the basis of equality of treatment, allowances or reimbursement of expenditure to cover travel, board and lodging expenses for workers away from home for professional reasons (Article 3, par. 1 let. i) and the conditions of workers’ accommodation where provided by the employer to workers away from their regular place of work (Article 3, par. 1 let. l).

Allowances paid in reimbursement of expenditure actually incurred on account of the posting workers, such as expenditure on travel, board, and lodging shall not be considered part of the remuneration. The employer shall reimburse the posted worker for such expenditure in accordance with the national law and/or practice applicable to the employment relationship. In order to prevent elusive practices, where the terms and conditions of employment applicable to the employment relationship do not determine whether and, if so, which elements of the allowance specific to the posting workers are paid in reimbursement of expenditure actually incurred on account of the posting or which are part of remuneration, «then the entire allowance shall be considered to be paid in reimbursement of expenditure» (Article 3, par. 7).

Also important is the provision in Article 3, par. 8, 2 according to which in the absence of, or in addition to, a system for declaring collective agreements or arbitration awards to be of universal application, Member States may base themselves on: - collective agreements or arbitration awards which are generally applicable to all similar undertakings in the geographical area and in the profession or industry concerned; and/or - collective agreements which

have been concluded by the most representative employers' and labour organizations at national level and which are applied throughout national territory. For this purpose, it is necessary that national undertakings in a similar position are required to fulfill such obligations with the same effects (Article 3, par. 8, 3).

At last, the directive also sets up the maximum duration of posting up to 18 months. A 12 months initial period with a possible 6 months extension where the service provider submits a motivated notification. Where the effective duration of a posting exceeds 12 months, posted workers have a right to all the applicable terms and conditions of employment which are laid down in the Member State where the work is carried out: - by law, regulation or administrative provision, and/or; - by collective agreements or arbitration awards which have been declared universally applicable (Article 3, par. 1 a). In order to prevent elusive practices, to determine the duration of the posting, all periods of posting corresponding to the replacement of posted workers by other posted workers performing the same task at the same place shall be considered.

The directive provides also some measures for the better control and monitoring the posting workers. The publication on a national website is required of accurate and up-to-date information about the working conditions applicable in that Member State, according to national law and practice. National authorities in each Member State have to cooperate with each other on the control and surveillance of posting workers and ensure compliance with applicable national and European Union law.

Member States have the obligation to ensure the compliance with applicable national and European Union law and they have to implement: 1) administrative sanctions in case of violation of the national provisions that will be introduced due to the new directive, and 2) adequate procedures to ensure that workers and/or their representatives are able to comply with and be protected by national and European Union law.

6. Some conclusions.

It is not easy to regain the calm after the storm especially when the harbor is still far away. The economic crisis did not end and the European citizens have the perception of a lock in the gears. The European Union is a great idea and a big project that needs a social propulsive drive to move forward. Since the pure economic approach revealed its undeniable gaps, European citizenship should offer something new and different from the past. It is not the proposal of a

Federal Europe but a well-ordered system of convergence of the national systems to a hard core of social protection.

What is missing is the feeling that European citizenship is not just an easy boarding pass for travelers and consumers but mainly something that can be really invoked to gain protection in difficult time. No one in Europe would probably use the formula: *I am a European citizen* with the true conviction and pride that it could change his own social and economic position. On this point, there is something to work on for the institutions and the States. The *European Pillar of Social Rights* set out by the Commission in April 2017, is a symptom of this awareness but it is still a weak normative measure: *soft law* without concrete implementation measures⁵⁵. It is an appetizing cake-design waiting for the institutional roll-up sleeves attitude toward solidarity and social rights. It is, of course, an entirely new adventure to be experimented in a transnational institutional key, that requires to overcome the day by day crisis management, and it is a long-oriented social trajectory. Probably it will not happen as a result of a kind of *big bang change*, but thanks to real and concrete measures of social aids⁵⁶. Europe needs, more than ever, a Social Union that would «support national welfare states on a systemic level in key functions such as macro-economic stabilization, and guide the substantive development of national welfare states through the establishment of general social standards and common social objectives»⁵⁷.

Maybe Europe, in its entirety, can be once more, the fertile laboratory of new beginnings. On the contrary, a fragmented Europe would not help indebted States and their citizens that would probably be submerged in the *stone rafts* of national egoisms.

Abstract. The theoretical foundation of social protection lies with the principle of solidarity that aims to ensure specific social rights to reduce vulnerability of its different threats. Social protection, secured by State, gives equal opportunities to live a dignified life, while its lack is the main cause of social

⁵⁵ P. Chiarella, *Social Rights and Europe: A Fragmented Solidarity*, in *Rechtstheorie*, 48 (2017), pp. 161 ff. S. Giubboni, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni costituzionali*, 4 (2017), pp. 953 ff. S. Giubboni, *Oltre il Pilastro europeo dei diritti sociali. Per un nuovo riformismo sociale in Europa*, in G. Bronzini (ed.), *Verso un pilastro sociale europeo*, Roma 2018, p. 16 ff.

⁵⁶ M. Ferrera, *Si può costruire una Unione sociale europea?* in *Quaderni costituzionali*, 3 (2018), pp. 567 ff.

⁵⁷ F. Vanderbroucke, B. Vanhercke, J. Morley, *A European Social Union: key questions to answer*, in *Social developments in the European Union*, (2013), p. 98. F. Vanderbroucke, *The idea of a European Social Union: a normative introduction*, in F. Vanderbroucke, C. Barnard, G. De Beare (eds.), *A European Social Union After the Crisis*, Cambridge 2017, pp. 3 ff.

uneasiness especially if austerity policies cut dramatically social expenditure. The current economic and political crisis in Europe is also the result of a weak commitment to solidarity and social rights by the European institutions. The solidarity principle even if textually provided (in the Treaties and in the European Charter of Fundamental rights) seems to be a cherry waiting for the cake, that it would come to fruition with the implementation of a social European citizenship.

Keywords. Solidarity, Social Rights, Welfare State, European Crisis, Directive 2018/957, Social Dumping.

Lucia di Cintio

Docente di Storia del Diritto Romano, Università degli Studi di Salerno

Babatha, un'esperienza alla periferia dell'impero, primi appunti su Yadin 28-30*

Babatha, an experience on the outskirts of the Empire, first notes about Yadin 28-30

SOMMARIO: 1. L'archivio di Babatha 2. Processo romano, diritti locali e cittadinanza ebraica 3. Lo status di ebreo 4. La ripartizione di competenza nelle province 5. Edictum provinciale 6. *σὸν ὁμῖν*, una precisazione 7. Processo formulare in provincia: un possibile compromesso tra potere e volontà 8. Altre peculiarità nella formula 9. Yadin 28-30 e giurisprudenza in provincia 10. Prime considerazioni su Yadin 28-30: un'ipotesi.

1. L'archivio di Babatha.

Il presente lavoro costituisce parte di uno studio più ampio, di cui si vogliono anticipare alcune riflessioni, riguardanti il cosiddetto Archivio di Babatha. Il ritrovamento stesso, nonché le vicende che ne sono alla base, sono note oramai agli studiosi¹ e sono esposte nelle seguenti pagine.

Non di meno, a fini di chiarimento, si vuol brevemente ricordare che lungo la sponda occidentale del Mar Morto, in una grotta, detta Grotta delle Lettere, negli anni sessanta del secolo scorso, tra gli altri, furono rinvenuti dei papiri costituenti un archivio privato², appartenuto a una giovane donna, Babatha, probabilmente rifugiatasi nella grotta a seguito di una rivolta antiromana, e lì avrebbe trovato la morte.

Tali documenti costituiscono una fonte di cognizione eccezionale, in quanto riportano atti di natura giuridica che segnano, consentendone anche la ricostruzione, la vita della giovane donna. Tra essi è presente anche la

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Esaustivo è il contributo di D. Hartman (cur.), *Archivio di Babatha*, Brescia, 2016, consistente in una traduzione dei papiri, ove sono affrontati aspetti storici, e in parte giuridici dell'archivio, i cui papiri sono trascritti e tradotti.

² Si tratta di una raccolta di 36 papiri, trovata nella cosiddetta Grotta delle Lettere, racchiusi, in una sorta di borsa di pelle, contenenti atti di diversa natura, in particolare processuali, ma anche vendite, contratti vari.

riproduzione di una formula processuale romana, segnatamente Yadin³ 28-30, datata circa 132 d. C., oggetto della presente disamina.

Per cogliere il tenore letterale del testo, sembra opportuno inserire il papiro nel contesto delle vicende che ne segnano il contenuto e che riguardano la proprietaria dell'archivio. Babatha sarebbe rimasta due volte vedova. Una prima si sarebbe trovata ad essere sola con un figlio minore, per cui furono istituiti due tutori. Una seconda volta, vedova con una figliastra di primo letto del defunto marito.

Ciascuna delle vicende è costellata di cause, delle quali la donna è, in modo alternato, ora parte attiva, ora parte passiva. Dal primo marito aveva ricevuto dei terreni fruttiferi in base a un testamento, impugnato dagli altri eredi. In relazione al secondo matrimonio, la vedova risulta coinvolta in altrettanti processi. Uno riguardava un prestito che la donna aveva erogato al marito per costituire la dote della figliastra: si tratterebbe di un probabile mutuo con una garanzia sui beni del coniuge. Morto costui prima che tale debito fosse estinto, Babatha si impossessava dei beni immobili dati in garanzia, ossia coltivazioni di datteri da cui traeva rendite. Anche in questo caso è tratta a giudizio dai parenti del secondo marito, oltre che da un'altra sua presunta moglie, per i terreni.

Tale documentazione, frammentaria e complessa, fa da sfondo a Yadin 28-30, ove si legge di una richiesta riguardante l'attribuzione di una somma di denaro, in favore di un soggetto, avverso i suoi tutori, come si vedrà ora.

Yadin, 28-30:

με[τα]ξὺ τοῦ [δεῖνος τοῦ δεῖν]ος
ἐγκαλοῦν[τος καὶ τ]οῦ δεῖνος
ἐγκαλουμέν[ου μ]έχρι[ι] (δηναρίων) Βφ
ξενο[κρί]ται ἔ[στωσαν]. ἐπεὶ
ὁ δεῖνα τ[οῦ] δεῖν[ο]ς [ὁρ]φανοῦ
ἐπιτροπ[ή]ν ἐχείρισεν,
περὶ ο[ὗ] πράγματος ἄγεται,
ὅταν διὰ τ[ο]ῦτο τὸ πρᾶγμα
τὸν δεῖνα τῷ δεῖνι δοῦναι
ποιῆσαι δέη ἐκ κ[α]λῆς
πίστεως, τούτου οἱ ξενοκρίται
τὸν δεῖνα τῷ δεῖνι μέχρι

³ I papiri sono così denominati dal nome del loro scopritore, Yigael Yadin.

δην(αρίων) Βφ κατακρειν[ά]τω-
σαν, ἐ[ὰν δέ] μὴ φ[αί]νηται ἀπο-
[λυσ]άτωσαν.

‘Tra un tale ‘accusatore’ figlio di un tale, e tale ‘accusato’⁴, si costituiscano gli *Xenocritai*, fino a 2500 *denarii*. Poiché un tale figlio di un tale (convenuto) ha esercitato la tutela dell’orfano, e si agisce su questo fatto, un tale (convenuto) venga obbligato a dare o fare a un tale (l’orfano) per buona fede, i giudici emettano sentenza contro tale (convenuto) (in favore) di tale orfano, fino a 2500 *denarii*. Qualora non sembri, assolvano’.

Dalla ricostruzione emerge che il fatto alla base della causa consisterebbe in una pretesa di dazione di denaro in favore di un minore da parte di due tutori, entro un limite massimo di 2500 denari.

2. Processo romano, diritti locali e cittadinanza ebraica.

Lo schema giuridico in Yadin 28-30, nel suo complesso, rispecchia la formula dell’*actio tutelae*, che Gaio qualifica come *iudicium ex fide bona* in I. 4.62⁵.

Sebbene la dottrina maggioritaria⁶, alla luce anche di altri ritrovamenti che nel tempo hanno confortato tale impostazione⁷, vi ravvisi l’applicazione della

⁴ Come si vedrà meglio nel corso dell’indagine, la schema riprodotto in lingua greca solleva diverse problematiche, per via dell’adozione di determinati termini tecnici che non trovano l’esatto corrispondente in greco. Così, le parole ‘accusatore’ e ‘accusato’ dovrebbero essere rese, rispettivamente, con ‘attore’ e ‘convenuto’. Difatti, A. Biscardi, *Nuove testimonianze di un papiro arabo giudaico per la storia del processo provinciale romano*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, 1, Milano, 1972, p. 111 ss., scrive, in merito, *inter actorem quem et reum quem usque ad MMD denariorum iudices peregrini sunt*. Sui problemi linguistici della traduzione della formula, si veda avanti, §8.

⁵ La formula dell’*actio tutelae* non è individuata in modo diretto, ma attraverso dei rinvii, all’interno delle Istituzioni di Gaio, segnatamente in I 4.47: *Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, ueluti depositi et commodati. Illa enim formula, quae ita concepta est: Iudex esto. Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret, absolvito, in ius concepta est*. Come si vede, nel brano è descritto lo schema processuale dell’*actio depositi* quale esempio di *iudicium ex fide bona*, tra quelli elencati in I 4.62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*.

⁶ Negli anni immediatamente successivi al ritrovamento, avvenuto nel 1966, alcuni studiosi, segnatamente Biscardi, *Nuove testimonianze*, cit., p. 111 ss., lessero Yadin 28-30 come un esempio di *cognitio*, in particolare di *paraggelia*, tipica del processo greco. Non di meno, tale procedura si trova in altri documenti dell’archivio, come si vedrà a breve, e presenta una struttura completamente diversa rispetto a questa esaminata. Sembra una forzatura, pertanto, il voler collocare quella che è la riproduzione di uno schema formulare, tipico e

formula dell' *actio tutelae*, tuttavia la corrispondenza di Yadin 28-30 e I 4.47 non è perfetta, essendo individuabili delle differenze che saranno sottoposte a vaglio nelle pagine seguenti.

Nonostante le differenze, variamente leggibili, ciò che risulta significativo è, comunque, la presenza stessa di un modello formulare⁸ nell'Oriente Mediterraneo romanizzato nella prima metà del II sec. d. C., a rivestire particolare valore.

Da un lato, infatti, tale dato fornisce una prova che smentisce quell'impostazione dottrinale, sostenuta specialmente in passato ma ancora largamente diffusa, per cui la *cognitio extra ordinem* avrebbe soppiantato il processo formulare proprio in provincia, -ove sarebbe nata-⁹, già in questa fase

noto, nell'ambito di una *cognitio extra ordinem*, ma bifasica, dunque peculiare, tanto è che la teoria dello studioso, seppur articolata e argomentata in modo approfondito, trovò diversi oppositori contemporanei, tra cui M. H. J. Wolff, *Le droit provincial dans la province romaine d'Arabie*, in *RIDA.*, 23, (1976), p. 271 ss., Id., *Römisches Provinzialrecht in der provinz Arabia (Rechtspolitik als Instrument der Beherrschung)*, in *ANRW.*, 2.13, (1980), p. 763. Sulla individuazione della formula, cfr., per tutti, L. Maganzani, *'Edictum provinciale' e processi locali nella Sicilia nell'età di Cicerone*, in Studi in onore G. Nicosia, 5, Milano 2007, p. 1 (estr.) ss., su cui anche avanti nt. 47; Ead., *La formula con 'intentio incerta' della 'lex rivi Hiberiensis' (§15III.39-43)*, in L. Maganzani, C. Buzzacchi (curr.), *Lex Rivi Hiberiensis. Diritto e tecnica in una comunità di irrigazione della Spagna romana*, Napoli 2014, p. 181 ss., con approfondita discussione dottrina e a cui si rinvia per la bibliografia. Si vedano, inoltre, le ntt. 43 ss. Anche se la posizione di Biscardi è superata, (lo stesso autore, nei suoi scritti successivi a quello del 1972, ripensa la sua teoria iniziale in molti aspetti) e oramai si ritiene comunemente che in Yadin 28-30 sia ravvisabile la riproduzione di una formula, tuttavia nel papiro permangono delle differenze rispetto alla procedura ordinaria che non possono essere trascurate.

⁷ Ci si riferisce al testo della *Lex Rivi Hiberiensis*, su cui cfr. nt. successiva.

⁸ All'interno dell'impero romano, il papiro della Grotta delle lettere non è l'unica attestazione di processo formulare. Anche in Occidente, è stato trovato uno schema formulare, nella *Lex Rivi Hiberensis*, III. 29-37 (in particolare, in III. 31, si legge: *Iurisdictio[ni] municipii aut coloniae praeerit*), che contiene una formula con *intentio incerta*. Il dato è significativo, non solo quale prova dell'uso invalso delle formule al tempo di Adriano e nei secoli successivi, ma anche perché dimostra una certa coerenza e omogeneità procedurali tra est e ovest, in tempi diversi. Per la legge si veda Maganzani, *La formula con 'intentio incerta'*, cit., p. 181 ss.

⁹ Sull'impostazione, per molto tempo predominante, per cui la *cognitio* avrebbe soppiantato l'*agere per formulas* nelle province, attraverso un processo rapido che si sarebbe compiuto all'epoca di Babatha, cfr.: A. Pernice, *L'ordo iudiciorum privatorum' e l'extraordinaria cognitio'*, in *AG.* 35 (1886) p. 116 ss.; L. Raggi, *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio extra ordinem'*. *Contributi di rapporti di diritto pretorio e di diritto imperiale in età classica*, Milano, 1965, *passim*; M. Kaser, *Gli inizi della 'cognitio extra ordinem'*, Milano, 1968, p. 116 ss.; A. Palazzolo, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato. Lezioni di diritto romano*, Torino, 1999, p. 93. Molto approfondito è lo studio di F. Arcaria, *Oratio Marci. Giurisdizione e processo civile nella normazione di Marco Aurelio*, Torino, 2003, p. 277, che analizza gli interventi di Marco Aurelio in favore di categorie svantaggiate, delineando alcuni punti di evoluzione del processo di fronte al pretore.

storica. Contro tale teoria, così netta, erano stati avanzati dubbi¹⁰, sulla scorta di analisi e prove indirette, in favore di una visione maggiormente problematica della precedente, che apriva nuovi scenari, come quello di una coesistenza delle due procedure¹¹ (problema da tenere distinto, a mio avviso, rispetto a quello di una loro possibile interazione)¹², che però non prescindeva dall'assunto per cui "già verso la metà del II sec. d. C., il processo formulare era in inarrestabile decadenza nelle province, anche senatorie"¹³.

La constatazione della presenza di Yadin 28-30 va, non di meno, coordinata con il quadro storico giuridico in cui si colloca, per quanto possibile. Si tratta di una situazione molto complessa, di difficile ricostruzione, dal momento in cui i diversi elementi si intersecano tra di loro.

3. Lo *status* di ebreo.

Così, l'applicazione del diritto romano va coordinata con lo *status* delle parti di nazionalità ebraica¹⁴, in un territorio influenzato dalla cultura e dal diritto

¹⁰ Sul punto cfr. ntt. seguenti.

¹¹ In modo complesso e storicamente orientato, si pone G. Coppola Bisazza, *Dal 'iussu domini' alla 'contemplatio domini'*, Milano, 2008, p. 342, che, nel suo contributo dedicato alla rappresentanza, parla di sovrapposizione iniziale, più che di coesistenza, tra processo formulare e *cognitio*.

A mio avviso, le teorie non sono facilmente dimostrabili, per considerazioni in merito alla tematica, alla luce di Yadin 28-30, si veda il termine della presente disamina.

¹² Su tale aspetto si veda avanti nel testo.

¹³ Così, M. Talamanca, *Isituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 364. Lo studioso ribadisce la sua posizione anche altrove. Il medesimo, in *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règle et Pratique du Droit. Atti Copanello 1997*, Soveria Mannelli, 1999, p. 194, considera la provincia, un luogo: "dove le forme dell'*ordo*, a partire dal II sec. d.C., erano, dal punto di vista meramente procedurale, con ogni probabilità obsolete".

¹⁴ A. M. Rabello, *La giurisdizione civile in Iudaea fra il 63 a.e.v. ed il 135 e.v.*, in *Ebraismo e diritto*, I, Soveria Mannelli, 2009, p. 520 ss.; Id., *La situazione giuridica degli ebrei nell'impero romano*, in *Ebraismo e diritto* cit., p. 127 ss., descrive la situazione della Giudea e degli Ebrei della diaspora, servendosi di fonti romane e rabbiniche. In particolare, una riflessione dello studioso può chiarire o lasciare spazio a ipotesi, anche per quanto riguarda la gestione giudiziaria dell'Arabia Petrea nel 130 d. C., ossia che la Giudea, così come la Macedonia, godevano di particolari autonomie, mantenimento di leggi nazionali, e delle magistrature locali. Nonostante ciò, Rabello sottolinea come la giurisdizione civile fosse esercitata comunque dal pretore, "in primo luogo tra cittadini romani, con poteri simili a quelli del *praetor urbanus* di Roma, seguendo generalmente le norme dell'*edictum*, e la altre norme particolari stabilite dalle *leges provinciae*" (p. 520). E aggiunge, "Gli ebrei anche quelli della diaspora rappresentavano una singola entità chiamata *ethnos* e godettero dello *status* di stranieri appartenenti a una cittadinanza riconosciuta, *peregrini alicuius civitatis*". Per Rabello "la convivenza tra i due mondi giuridici si atteggia di volta in volta diversamente, dando vita talora a fenomeni di giustapposizione o di reciproca influenza tra gli stessi, tal altra di vera e propria concorrenza, non soltanto dal punto di vista sostanziale, ma anche e

ellenico. Infatti, il trattamento giuridico degli ebrei, all'interno dell'impero romano nel II d. C., è stato oggetto di diverse ricostruzioni e valutazioni, connotate, in una fase iniziale, da un certo scetticismo, dovuto al fatto che a darne conto sono per lo più fonti letterarie, ritenute in passato scarsamente affidabili¹⁵.

La letteratura odierna, nell'ambito di un mutamento metodologico generale, ritenendo attendibili tali testimonianze -seppur atecniche-, sottolinea come la comunità ebraica fosse soggetta a una regolamentazione particolare, consistente in una serie di privilegi, ancora al tempo di Adriano¹⁶. Tali disposizioni avrebbero riguardato, non solo la materia di culto, ma anche quella giudiziaria e organizzativa¹⁷. In specifico, le *Antichità Giudaiche*¹⁸ ci informano come, già a partire da Cesare, agli ebrei della diaspora sarebbe stato concesso di praticare il proprio culto e organizzarsi secondo le regole ad esso conseguenti, che in quel tempo iniziavano a trovare una razionalizzazione scritta¹⁹.

soprattutto sul terreno giurisdizionale... (p. 528)". L'osservazione dello studioso si addice perfettamente all'archivio di Babatha, ma, credo che tanta fluidità non seguisse la volontà dei soggetti privati, anche ebrei, piuttosto quella del potere imperiale che si esprimeva attraverso le *leges provinciae* e l'editto divenuto, o che sarebbe divenuto di lì a poco, perpetuo. Per Rabello, *loc. cit.*, dunque, Babatha avrebbe scelto di rivolgersi al magistrato locale, in quanto la procedura romana, essendo riconosciuta in tutto l'impero, avrebbe dato maggior sicurezza. Rispetto al caso trattato, però, non mi sembra che Babatha avesse intenzione di recarsi oltre i confini del suo mondo.

¹⁵ A far propendere parte della letteratura per la non attendibilità delle *Antichità Giudaiche*, più che la atecnicità della fonte, sarebbero state le numerose imprecisioni storiche in essa contenute. In particolare, una simile posizione appartiene agli studiosi degli inizi del secolo scorso, tra cui cfr.: H. Guttmann, *Der Darstellung der jüdischen Religion bei Flavius Josephus*, Breslau Manau, 1928; L. Troiani, *Per un'interpretazione della storia ellenistica e romana contenuta nelle 'Antichità Giudaiche' di Giuseppe Flavio (libri XII-XX)*, in *Studi Ellenistici*, Pisa, 1984, p. 39 ss. In tempi recenti, altresì, l'opera è stata rivalutata in termini di attendibilità, almeno per quanto riguarda i provvedimenti imperiali nei confronti degli ebrei che interessano in questa sede.

¹⁶ Secondo Gius. Flav. *Ant.* 16.1.2, Cesare avrebbe riservato agli ebrei un trattamento normativo peculiare, consentendo loro anche l'adozione di tribunali interni per quanto concerneva le materie religiose.

¹⁷ Rabello, *La giurisdizione*, cit., p. 521 ss.; Id., *La situazione giuridica degli ebrei*, cit., p. 127 ss., che sottolinea come la concessione dei privilegi si applicasse agli ebrei che non erano cittadini romani. La linea politica per cui si riteneva opportuno, per una questione di pace sociale, concedere privilegi in materia organizzativa agli ebrei prese le mosse già con Cesare, stando a quanto riportato da Giuseppe Flavio *Ant.*, 14. 10.2.3; 11.20.

¹⁸ Gius. Flav. *Ant.*, 14.10.2.3; 11.20.

¹⁹ Come riferimento temporale, basti pensare che la redazione finale della Mishnah risale al 217 d.C.

Ciò non ostava all'utilizzo di una propria giurisdizione, per quelle materie che non fossero attratte nella sfera di competenza romana²⁰. Gli ebrei, nell'eventualità che fossero divenuti cittadini romani in modo pieno o parziale, sarebbero stati sottoposti inevitabilmente al diritto romano.

Alla luce di tali considerazioni, la presenza della formula potrebbe lasciar credere che le parti processuali fossero ebreiche per nascita o *origo*, ma residenti in un territorio municipale, o romanizzato comunque, da Adriano, come quello di Petra, divenuta Petra Adrianea²¹. Tuttavia, Yadin 28-30 deve essere correlato con l'altra documentazione dell'archivio, che consta anche di atti privati di diritto sostanziale, in cui è applicata la normativa ebraica, e sono stesi in nabateo, aramaico ed ebraico²². Rispetto alla questione trattata, questi ultimi papiri non si connotano per un valore risolutivo, potendo essere stati confezionati, anche solo in base a prassi non rilevanti in un eventuale giudizio, nella autonomia che la natura dell'atto stesso avrebbe consentito. Diversamente, è nella parte dell'archivio riguardante i processi, che si riscontra una costanza nell'adire la giurisdizione romana²³. In particolare in Yadin 26 concernente il regime della dote, si trova applicato il diritto ebraico²⁴.

²⁰ In modo accurato, lo stesso Rabello, *La giurisdizione*, cit., p. 527, ricorda come i saggi fossero orientati nel vietare agli ebrei di adire le corti romane (ad esempio, T. B. Ghittin 88b). In tal senso, lo studioso prende in considerazione anche le parole di Rabbi Tofan ricordate da Rabello stesso. E dalle parole rabbiniche si conferma che, nel periodo tra la guerra di distruzione del Santuario e la guerra di Bar-Kochba, gli ebrei godessero ancora di autonomia giuridica, per materie delegate dall'autorità romana.

²¹ La mancanza di attestazioni sulla persistenza di tribunali locali nabatei, nel periodo adrianeo, ha indotto molti studiosi a ritenere che vi sia stata, sotto il profilo giudiziario, una celere romanizzazione della provincia di Arabia. In tal senso cfr.: A.M. Rabello, *Jewish and roman Jurisdiction*, in *N.S.*, Oxford, 2000, p. 141 ss., E. Lo Cascio, *I valori romani tradizionali e le culture delle periferie dell'Impero*, in *Athenaeum* 95 (2007) p. 75 ss.; H. Cotton, *Continuity of Nabatean Law in the Petra Papyri: a methodological Excercise*, Cambridge, 2009, p. 154 ss. Rabello, *La giurisdizione*, cit., p. 520 ss., afferma che, "in seguito alla provincializzazione dell'Arabia, il greco divenne la lingua ufficiale dei documenti legali, e le affinità con istituti del vicino Egitto confermano la *koinè* greca del periodo contaminata da ricorrenti latinismi e semitismi". E continua: "Si usa il greco nonostante la maggioranza degli scribi fosse di lingua ebraica o aramaica. Inoltre essi erano usualmente depositati in pubblici archivi come in Egitto, così che, dopo essere stati registrati, potessero essere prodotti a fini probatori in sede giurisdizionale".

²² Atti stesi in giudeo-nabateo sono: Yadin 1-4 e 6-9, gli altri sono duplice copia o triplice, in greco nabateo e aramaico o greco e nabateo.

²³ Sono atti giudiziari: Yadin, 14.23, 25, 33, 34, 35.

²⁴ Il papiro è steso in aramaico e non v'è dubbio tra gli studiosi che si tratti di un vero e proprio *ketubbah*, ossia un contratto matrimoniale ebraico dettagliato, che prevedeva anche l'eventualità in cui la donna, come accadde, sarebbe rimasta vedova, (Yadin 10). Per tutti, cfr. J.G. Oudshoorn, *The relationship between Roman and local Law in the Babatha and Salome Komaise Archives. General Analysis and Three Case of Studies on Law of Succession, Guardianship and Marriage*, in *STDJ*. 69 (2007) p. 379 ss.

Senonché, proprio tale punto è impugnato in giudizio dinanzi all'autorità romana²⁵. Pertanto, sotto un profilo squisitamente giuridico, attinente all'istituto dotale, si potrebbe pensare che il lascito sarebbe stato viziato, poiché in conflitto con il diritto romano. Ciò si collocerebbe verso la direzione di considerare una possibile acquisizione di uno *status*, in qualche misura, romano anche per le parti della vicenda giudiziaria.

Al contempo, vi è da sottolineare un dato ulteriore, ossia che una disposizione imperiale, antecedente Adriano e ancora vigente al tempo dello stesso, imponeva agli ebrei l'uso di tribunali interni per dirimere liti riguardanti lo *status personae*²⁶, di cui i rapporti di bigamia sono ovviamente parte. Ebbene, in proposito, in Yadin 26.34, troviamo resti di un contenzioso con una presunta²⁷ moglie del secondo marito defunto di Babatha. I papiri sono frammentari e non è possibile ricostruire il quadro dell'intera vicenda processuale, ma è presumibile che, pur se di natura patrimoniale, essa avrebbe in qualche modo implicato anche che si prestasse attenzione alla questione sulla eventuale bigamia del *de cuius*, pertanto, pregiudiziale rispetto a qualsiasi altra. Non di meno, nell'archivio non vi è alcun accenno alla adizione di tribunali locali, anzi i papiri attestano che la lite tra le due vedove si svolge di fronte al *legatus Augusti*, in una forma che non segue quella del processo ordinario. In altri termini, in questo contesto, la competenza sulla causa ricade sempre nella sfera di potere dell'autorità romana che si rifà, in questo caso, a una procedura genericamente *extra ordinem*²⁸.

²⁵ Yadin 20-26. Invero, il ricorso all'autorità romana, di per sé non avrebbe implicato l'applicazione del diritto romano. Faceva parte dei privilegi concessi agli ebrei, infatti, l'applicazione del diritto ebraico anche presso corti romane, stando anche a una fonte rabbinica ebraica, Rabbi Eleazar ben Azharì, Mekhilta Derabbi Ishmael, Mishpatim, Exodus 21, ricordata da Rabello, *La giurisdizione*, cit., p. 525.

²⁶ Su tale punto, cfr. V. Colorni, *Legge ebraica e leggi locali*, Milano, 1945, p. 106, Rabello, *La giurisdizione*, cit., p. 9 ss., Id., *La situazione giuridica*, cit., p. 139.

²⁷ 'Presunta' in quanto non è affermato in alcun luogo leggibile dei papiri che il marito di Babatha fosse bigamo. L'ipotesi si fonda su di una affermazione che ricorre negli atti giudiziari in tema, e che tradotta equivale 'a mio e tuo marito'. La frase, da sola, non offre la certezza sullo *status* del defunto.

²⁸ In Yadin 20 si evince l'applicazione del diritto ebraico per quanto concerne la disciplina dotale, ma romano per quanto riguarda la tutela su di una donna maggiorenne. Per una ricognizione sul tema cfr. Hartman, *Archivio di Babatha*, cit., p. 43 e nt. 4. Invero, la questione riguardante il tipo di diritto applicato dalle autorità romane, anche sulla base degli archivi di Babatha e Salome Komaise, non è pacifica in letteratura, alla luce della diversa interpretazione delle fonti. Così, come sopra anticipato, Rabello, *La giurisdizione civile*, cit., p. 534 sostiene: "Da Babatha emerge la forte e rapida romanizzazione amministrativa e giuridica di questa nuova provincia... gli elementi, gli istituti, i principi di diritto romano si trovano così nei nostri documenti sovrapposti al sistema giuridico ebraico, che proprio nel corso di quei secoli, attraverso le interpretazioni formulate nelle scuole rabbiniche, stava

Le caratteristiche e la natura della documentazione contenuta nei papiri di Yadin, dunque, se non possono essere probanti dell'ordinamento a cui erano sottoposti i vari soggetti in essa presenti, non appaiono nemmeno in contrasto con la possibile acquisizione della cittadinanza, piena o parziale, romana per i medesimi.

Ulteriori considerazioni non strettamente giuridiche, però, rendono difficilmente accoglibile una tale possibilità; tra queste, una attinente proprio al luogo del ritrovamento, ossia un rifugio 'anti romano' per gli ebrei coinvolti nella rivolta di Bar Kochba²⁹. Condizione per ricevere la cittadinanza romana era l'accettazione e la pratica dei culti romani³⁰, il che avrebbe comportato una frattura con la comunità ebraica di appartenenza; perciò, in tal modo, difficilmente si spiegherebbe la presenza di Babatha e del suo archivio nella Grotta.

4. La ripartizione di competenza nelle province.

procedendo verso la sua codificazione per diventare un vero e proprio sistema normativo". Sempre lo studioso medesimo nota come "i papiri redatti in aramaico seguano il diritto ebraico. Inoltre, nella parte greca, si trovano attestazioni di prassi e istituti stranieri, greci, in ragione con la vicinanza dell'Egitto ellenizzato, ma dopo la conquista romana, anche romani, e non in quantità inferiore". Se Rabello pone l'accento sul particolare *status* di ebreo in quel tempo, altra letteratura ravvisa nei papiri di Yadin una condizione comune ai *peregrini* nelle varie province. Così si individua nella documentazione degli archivi un disinteresse o una marcata astensione delle autorità romane verso le cause locali. I *peregrini* avrebbero goduto di larga autonomia in campo giudiziario, e i Romani avrebbero avvocato a sé solo liti di particolare interesse per il potere centrale. In questa dinamica, la situazione degli ebrei non risulta peculiare, ma frutto di una ideologia generale di gestione delle province. In tale direzione si pongono gli studi di: Oudshoorn's, *A recent study*, cit., p. 1 ss., secondo cui le corti romane avrebbero utilizzato il diritto locale per relazionarsi con i *peregrini*. In tale direzione anche B. J. Jackson e D. Piattelli nella recensione a Rabello confermano l'idea della autonomia procedurale e dell'applicazione da parte degli organi romani di diritti locali, ma ritenendo che la situazione tra le varie province fosse molto diversa e dipendesse anche dalle condizioni di conquista. Tale argomentazione non risulta nuova in dottrina, che, però, le conferisce un respiro concettuale più ampio. Già W. W. Buckland, *L'Edictum provinciale*, in *RHD*. 13 (1934) p. 81 ss., aveva pensato, per le materie amministrative, che nell'editto provinciale vi fosse una parte dedicata alle questioni locali, Guarino, *Gaio e l'editto provinciale*, cit., p. 380, amplia la teoria e ipotizza la presenza di un *genus* provinciale dedicato a materie locali.

²⁹ La rivolta fa da sfondo alla vicenda processuale di Babatha, su cui Hartmann, *op. cit.*, p. 16 ss.

³⁰ Mentre la cultura e la normazione romana, fino all'avvento del cristianesimo, erano tolleranti in generale verso l'esercizio di altri culti, la religione ebraica non prevedeva in alcuna forma il sincretismo religioso che avrebbe comportato anche l'appartenenza o meno a un ordinamento giuridico.

Dopo aver valutato l'elemento dello *status* personale dei soggetti coinvolti nella formula, si tratta, a questo punto, di esaminare l'applicazione del diritto romano in provincia nel II secolo.

In linea generale, nell'archivio di Babatha il ricorso all'autorità romana è costante; trova, pertanto, conferma l'idea di una veloce romanizzazione, sotto il profilo giuridico, dell'Arabia Petrea. Tuttavia, dall'esame dei papiri, si deduce che, nell'ambito delle azioni processuali, sono mantenute alcune formalità provinciali, come l'impiego in duplice o triplice copia in diverse lingue nella redazione degli atti³¹, o come anche alcuni elementi nei vari atti processuali che rinviano al processo greco, almeno *prima facie*.

Alla luce di un quadro così complesso, occorre modulare l'esposizione, dapprima cercando di capire i limiti normativi di applicazione dei diritti locali rispetto a quello romano; quindi cercare di conferire una *ratio* alla presenza della formula rispetto alla *cognitio*.

A mio avviso, per una comprensione del complesso fenomeno circa l'evoluzione della procedura romana nel contesto dato, si deve partire da quelle che mi sembrano possano essere considerate le coordinate principali della gestione delle province, ossia l'*Edictum provinciale* e le leggi a carattere organizzativo, la *Lex Malacitana*, *Salpensana*, la *Lex Irnitana*³², oramai ben note alla comunità scientifica e di cui la *Lex Irnitana* risulta la più importante. Quest'ultima, seppur indirizzata al municipio della Betica, si è dimostrato che presentava una base comune con le altre normazioni di altri territori provinciali, elevandosi, in tal modo, a modello, per quanto concerne l'organizzazione giudiziaria nelle province occidentali³³. Ma non vi sono motivi

³¹ La pratica di redigere i documenti in duplice copia, una esterna e un'altra interna, era tipica dei paesi del Mediterraneo, in particolare in Egitto. Così H.J. Wolff, *Das Recht der griechischen Papyri egyptens in der Zeit der Ptolemäer des Prinzipat*, 2. *Organisation und Kontrolle des Private Rechtsverkehrs*, München, 1978, p. 78 ss.; M. Amelotti- L. Migliardi Zingale, *Osservazioni sulla duplice scritturazione nei documenti*, in *Scritti giuridici*, Torino, 1996, p. 118 ss.

³² La stessa *Lex Irnitana* si collega all'editto provinciale, segnatamente nel cap. 85, si prescrive che i magistrati del municipio provvedano alla *propositio* dell'*Edictum* del governatore provinciale, sulla base del quale avrebbero dovuto amministrare la giustizia, *in eo municipio ius dicatur, iudiciaque dentur fiant exercenturve...* In modo ancora più stringente nel capitolo 93 si stabilisce che agli abitanti latini di Irni si debba applicare, "al di fuori delle scarse previsioni giusprivatistiche della *lex*, il *ius civile* romano" (così M. Talamanca, *Il riordino augusteo del processo privato*, in *Atti Copanello 1996*, Napoli, 1998, p. 214 ss., p. 208).

³³ La letteratura sulle *leges* provinciali è amplissima, in particolare su quella irnitana. Tra gli autori principali che si sono occupati dell'argomento, cfr.: J. Gonzalez, *The Lex Irnitana: a new copy of the. Flavian municipal law*, *JRS*. 76 (1986) p. 147 ss.; A. D'Ors., *Nuevos datos de la ley Irnitana sobre Jurisdicción municipal*, in *SDHI*. 49 (1983) p. 21 ss.; Id., *Le ley*

per ritenere che un siffatto schema non fosse applicabile, in epoca Flavia, anche ai territori a oriente di Roma, come appunto l'Arabia Petrea, quand'anche non risultino, dalla documentazione a disposizione, organizzati in municipi³⁴.

Nello specifico, dalle leggi emergono dei richiami alla norme augustee; così la dottrina³⁵, in modo oramai comune³⁶, ritiene che l'organizzazione

Flavia municipal (Texto y comentario), Roma, 1986, p. 13 ss.; J. Simshaüser, *La jurisdiction municipal à la lumière de la lex Irnitana*, RHD. 77 (1989) p. 519 ss.; A. Rodger, *The lex Irnitana and Procedure in the Civil Courts*, JRS. 81 (1991) p. 74, considera que Irn. añadió gran caudal de luz en una de las instituciones centrales de la expansión provincial romana como la iurisdictio y el procedimiento local en el siglo I del Imperio. F. Lamberti, *Tabulae Irnitane. Municipalità e ius Romanorum*, Napoli, 1993, p. 185 ss., A. D'Ors, *Lex Irnitana*, Santiago de Compostela, 1998, p. 4 ss.; Talamanca, *Il riordino*, cit., p. 214 ss., J.G. Wolf, *Iurisdictio irnitana*, in SDHI. 66 (2000) p. 29-61, E. Metzger, *Agree to disagree: local jurisdiction in the Lex Irnitana*, in *Judge and Jurist: Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry*, Oxford, 2013, p. 207 ss., F. Hurlet, *Entre juridiction civique et juridiction impériale: La sphère de compétences du proconsul*, in *The Journal of Juristic Papyrology* 24 (2016) in *Recht Haben und recht bekommen*, cit., p. 63 ss., F. Lamberti, *La giurisdizione nei 'municipia' dell'occidente romano e il cap. 84 della lex Irnitana*, in *Recht Haben und recht bekommen*, cit., p. 183 ss., A. Torrent, *Lex Irnitana: cognitio de los magistrados ocales en interdicots, y limitación a su competencia por cuantía*, in AFDUDC. 12 (2008) p. 987 ss., Id., *Los "Duoviri" en la "lex Irnitana". V. Funciones económicas y financieras. "Ius multam dicendi"*, in *Rivista di diritto romano* 23 (2018) p. 15 ss.

³⁴ In tal senso, mi sembrano porsi anche alcune affermazioni di Talamanca, *Il riordino* cit. p. 208, "Quando per l'innanzi, parlerò di *municipia*, di giurisdizione municipale e così via dicendo, intendo riferirmi – nei limiti in cui questo appaia compatibile - a tutte le *civitates romanae*, ivi comprese le *coloniae*". Per lo studioso, la *Lex Irnitana* si sarebbe basata su di un modello generale (opinione oramai acquisita, come si vedrà avanti), "una *lex rogata* generale servisse a determinare il quadro entro cui dovevano muoversi le singole *leges datae*, e l'esistenza di queste ultime, degli statuti municipali, di cui tutte le *civitates* dovevano esser autoritativamente fornite al momento della loro fondazione (p. 215)". Ancora Talamanca, *Diritto e prassi*, cit., p. 190, in riferimento al quadro normativo del Principato afferma: "v'è sicuramente una tendenza all'omogeneizzazione di tale organizzazione [amministrazione della giustizia] aldilà delle differenze più o meno formali che, soprattutto sul piano strutturale, residuano fra i diversi tipi di provincia". Anche il contributo di C. Cascione, *La 'Lex Irnitana' e la giurisdizione questoria nelle 'provinciae populi Romani'*, in *Festschrift für R. Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2010, p. 159 ss., sin dal titolo, sembra muoversi entro coordinate più ampie dei municipi occidentali. Talamanca, *Diritto e prassi*, cit., p. 190, in riferimento al quadro normativo del Principato afferma: "v'è sicuramente una tendenza all'omogeneizzazione di tale organizzazione [amministrazione della giustizia] aldilà delle differenze più o meno formali che, soprattutto sul piano strutturale, residuano fra i diversi tipi di provincia".

³⁵ Per Lamberti, *Tabulae Irnitanae*, cit., p. 185 ss., vi sarebbero state *duae leges Iuliae* riguardanti i *iudicia privati*, di cui la seconda principalmente dedicata ai problemi della *mors litis*. La medesima autrice si basa su di una lettura di un passaggio presente nel testo della *lex*, in *l. Irnit. 91: Lex Iulia quae iudicis privatis proxime lata est*, sostenendo che *proxime* può intendersi meglio come superlativo relativo che come assoluto, quindi è reso con un più di recente. L'ipotesi, in tale punto, non ha avuto seguito. Per la notazioni sulla ricostruzione e sulla traduzione della *tabula* cfr. D'Ors, rec. a Lamberti, in *Labeo* 40 (1994) p. 92 s.,

dell'amministrazione della giustizia avrebbe seguito, almeno nelle linee generali, l'*ordo*, da identificarsi in una delle *duae leges* ricordate in Gai 4.30³⁷, adattate ai territori conquistati³⁸.

Anche la ricostruzione del cap. 91³⁹ della legge Irnitana, confrontato con le altre fonti, attesta l'emersione di un modello generale⁴⁰, il quale si differenziava a seconda dei territori, limitatamente a specifiche disposizioni, che non intaccavano i criteri generali del sistema romano. In particolare, tali schemi assegnavano la sfera di attribuzione in campo giurisdizionale a soggetti

Talamanca, *Il riordino*, cit., p. 208 ss. Lo studioso non tocca il problema del raccordo all'editto provinciale, dal momento in cui se si tratta di Editto questo prevedeva l'uso del processo formulare.

³⁶ A pensare che vi potesse essere una *Lex Iulia*, quale modello per i municipi, fu già M. Wlassak, *Römische Prozess Gesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahren*, 1, Milano, 1963, p. 73. ss., L'autore, alla luce delle fonti dell'epoca, aveva ipotizzato, oltre alle due leggi menzionate da Gaio, una terza *Lex Iulia iudiciaria*. Una tale idea è stata sviluppata in seguito da D'Ors, *Nuevos datos*, cit., p. 21, Id., *La Ley Flavia Municipal*, cit., p. 13 s., inserendo i correttivi opportuni, forte anche delle scoperte delle *tabulae* municipali. Su questa ipotesi interviene Talamanca, a cui sembra poco plausibile l'idea di un terzo *ordo*, "il riferimento ad una *Lex Iulia* che regolasse la giurisdizione municipale appare la soluzione più probabile, e che essa si identificasse con la *Lex Iulia Municipalis* risulta la variante preferibile rispetto a quella di una *iudiciaria* specificamente dedicata alla materia" (p. 226). Lo studioso, in coerenza con il tema trattato nel suo contributo, si pone il problema della persistenza delle azioni di legge anche nelle province; ma questo argomento, all'epoca di Adriano, non tocca direttamente la questione. Altresì, ad essa mi sembra di supporto l'idea che il modello a cui si sarebbe rifatta la *Lex Iulia* fosse quello formulare e che fosse una legge quadro modificabile in alcuni punti, dalle leggi municipali, non dai privati. Ciò spiegherebbe da un lato la presenza della formula, dall'altro la competenza per valore degli *Xenocritai*.

³⁷ *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per Legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas, litigaremus.*

³⁸ Basandosi su dati testuali chiari, il raccordo delle *leges* provinciali a un unico modello, che era ancora quello augusteo, non è controverso tra gli studiosi, per cui cfr. nt. precedente.

³⁹ *...Et si intra it tempus, quod legis Iuliae, quae de iudiciis privatis proxime lata est, capite XI senatusve consultis ad it caput legis pertinentius comprehensum est...*

⁴⁰ Nel capitolo 84 della *Lex Irnitana*, vi è una ripartizione di competenza in favore di magistrati locali, *duoviri* per cause con un valore fino 1000 sesterzi. Nel successivo capitolo cap. 93 si stabilisce che agli abitanti latini di Irni si dovesse applicare il *ius civile* romano, ma con delle eccezioni per materia e su accordo delle parti. La questione della derogabilità della *lex* municipale potrebbe riflettersi anche sulla interpretazione della *taxatio* presente in Yadin 28-30. Tale aspetto è esaminato in modo specifico da Meztger, *Agree to disagree*, cit., p. 207 ss. Per Wolf, *Iurisdictio irnitana*, cit., p. 29 ss., invece, quella delineata dal capitolo 84, si sarebbe trattata di una competenza per valore inderogabile, o comunque non derogabile dalla volontà delle parti. Pertanto, superato il limite per valore, la causa sarebbe stata attratta nella sfera di competenza del governatore. Era il governatore che poteva decidere se delegare o meno un giudizio, ma pur sempre nei limiti della legge.

delegati dal governatore o dall'imperatore, per materia e valore⁴¹ della *res* dedotta in giudizio⁴².

Così si può ritenere che i funzionari (*duoviri* nel caso di Irni)⁴³, in altre *civitates*, sarebbero mutati nel *nomen*, ma non nel *modus* di gestire il diritto romano, che si estrinsecava su basi, le quali, in definitiva, erano quelle dettate da Augusto. Ciò spiegherebbe, in parte, la presenza del processo formulare anche in Arabia Petrea, che comporta, di fatto, l'applicazione dell'*ordo* per i giudizi privati, come si vedrà meglio avanti⁴⁴.

Resta ancora, non di meno, il nodo dell'applicazione concreta della giurisdizione, comprensiva degli inevitabili adattamenti del modello urbano alla realtà provinciale. Si innesta, così, in modo complementare alla *lex*, l'*Edictum provinciale*, per il quale era imposto l'obbligo di ricezione e applicazione ai funzionari imperiali⁴⁵.

⁴¹ Oramai è acquisito che la *Lex Iulia Municipalis* era una legge quadro ampia, poteva essere derogata dall'autorità competente a dare singoli statuti municipali. Ad esempio, la *Lex Salpensana*, anche ritenuta basata sullo stesso modello della *Irnitana*, prevedeva un limite di competenza di duemila sesterzi. Per una ricognizione sul punto, cfr. Torrent, *Los "Duoviri"*, cit., p. 15 ss.

⁴² La questione qui prospettata è diversa da quella della giurisdizione ebraica, che si è ricordata *supra*.

Collegato alla tutela e alle organizzazioni provinciali è D. 27.1.6.14 (Mod. 2 *excus.*): *Evnois hierarxia, ohion asiarxia, bivunarxia, kappadokarxia, parexei aleitourgysian apo epitropwn, tout' estin hews an arxy*. Il brano si inserisce nelle serie di frammenti dedicati alle *excusationes* dai *munera*. La tutela secondo lo stesso Modestino è considerata un obbligo civile, la cui disciplina ricade nel diritto privato, e non un *munus publicus*. Di conseguenza, sono applicabili le esenzioni fiscali, così come lo sono per alcuni altri uffici. Il giurista menziona tra questi la figura degli asiarchi, le cui competenze non sono chiare, menzionate da Strabone nella sua *Geographia*, 14.1.42. L'asiarcha sembra rivestisse funzioni di culto presso gli Ebrei e secondo un recente orientamento anche in campo amministrativo, proprio in epoca flavia (S. J. Friesen, *Twice Neokoros: Ephesus, Asia, and the Cult of the Flavian Imperial Family*, Leiden, 1993, p. 963 ss.). Gli *Xenocritai* potrebbero essere collegati in qualche modo agli asiarchi.

⁴³ I meccanismi di delega dal governatore della provincia ai magistrati o burocrati di rango inferiore, risulta chiarito anche grazie a recenti ritrovamenti, ma era già stato argomentato da Wlassak, *Römische Prozess Gesetze*, cit., p. 193 ss.; H. Rudolph, *Stadt und Staat im römischen Italien*, Leipzig, 1935, p. 113 ss. Sulla figura dei *duoviri* nella *Lex Irnitana*, di recente, cfr. Torrent, *Los "Duoviri"*, cit., p. 15 ss.

⁴⁴ Talamanca, *Il riordino*, cit., p. 222 s.: "oltre alla disciplina della ripartizione della competenza fra i *magistratus populi Romani* e le magistrature locali e ad altre regole, come quelle contenute in *l. Irnit.* 84-93, nella regolamentazione della *Lex Iulia Municipalis* si doveva prevedere le forme della giurisdizione ordinaria nei *municipia*: vi si sanciva che tale giurisdizione si svolgesse *per formulas*, il che poteva venire ad incidere su situazioni risalenti e particolari".

⁴⁵ Stando a *l. Irnit.* 84. l. 52) R(ubrica). *Quarum rerum et ad quantam pecuniam in eo municipio i(uris) d(ictio) sit.(tab.ixb, l. 1) Qui eiue{e}<s>municipi municipes incolaeve erunt, q(ua) d(e) r(e), ii inter se, suo alteriu[s]ve nom{e}<i>n<e>, qui*

5. *Edictum provinciale*.

Sull'esistenza e sulle caratteristiche dell'*Edictum provinciale*, parte della letteratura risalente propendeva per la sua non genuinità⁴⁶, basandosi principalmente sul fatto che i riferimenti a esso provenissero soltanto da frammenti del Digesto, per di più tutti dello stesso giurista; pertanto si sarebbero trattati di testi estrapolati da uno pseudo Gaio.

Una tale posizione, però, appare affatto superata e uno degli argomenti a favore della possibilità della sua esistenza consiste proprio nella presenza residuale di frammenti nel Digesto dedicati ad esso, segno di mancanza di interesse della commissione per tali documenti, forse obsoleti. E ciò contrasta con una loro fattura compilatoria.

Inoltre, anche i termini e i riferimenti a cariche non più esistenti al tempo di Giustiniano lasciano credere alla classicità del commento gaiano, dunque alla esistenza dell'editto provinciale⁴⁷. Oggigiorno, la documentazione recente, già in parte ricordata⁴⁸, ha poi contribuito a fugare altri dubbi. Nonostante ciò,

municipes incola ve sit, privatim intra fines eius municipi agere petere persequi volent, quae res his (sestertium) (mille) minorisve 4 erit, neque ea res dividua quo fraus huic legi fieret facta sit fiatve, aut de capite libero, de maiore pecunia quam his (sestertium) (mille) praeiudicium futurum erit, sponsiove facta futurave erit, neque ea res agatur qua in re vestra factum sit, quod eius non ex interdicto 8 decretave iussu eius, qui iure dicundo praeerit, factum sit, neque de libertate, neque pro socio aut fiduciae aut mandati, quod d(olo) m(alo) factum esse dicatur, aut depositi, aut tutelae, cum quo quis suo nomine quid earum rerum fecisse dicatur, aut lege 12 Laetoria, aut de sponsione, quae in probum facta esse dicatur, aut d(e) d(olo) m(alo) et fraude, aut furto cum homine libero liberave, aut cum serv[o] d[um] i[d] <furtum> ad dominum dominamve pertinebit, aut iniuriarum cum homine libero libera[m]ve 16 agatur, eave de re [aliquid] praeiudicium futurum sit de capite libero, de is rebus, ite[m], si uterque inter quos ambigetur volet, de ceteris quoque omnibus de quibus privatim agatur neque in iis praedi[i]um de capite libero futurum fore, et omnium rerum [quoque] de vadimonio promittendo in eum [locum] in quo is erit qui [e]i provinciae praeerit futurusve esse videbitur eo die in quem ut vadimonium promittatur postulabitur, iur(i), qui ibi iure d(icundo) praeerit, iuris dictio, iudicis arbitri 24 recuperatorum, ex is qui ibi propositi erunt, iudici datio addictio, ite[m] eadem condicione, de eo quod his (sestertium) minorisve erit, aedilis qui ibi erit iuris dictio iudicis arbitri recuperatorum ex eodem genere iudicique datio addictio(ue) esto.

⁴⁶ Per tale posizione cfr. A. Guarino, *Gaio e l'editto provinciale*, in *Iura* 20 (1969) p. 154 ss.

⁴⁷ Per B. Santalucia, *L'opera di Gaio 'ad Edictum praetoris urbani'*, Milano, 1975, p. 41 s., la circostanza che in essi si parli quasi costantemente di *proconsul* anziché di *praeses provinciae*, appare una prova della classicità dei frammenti.

⁴⁸ Come visto poc'anzi, nella *Lex Irnitana*, così, si impone l'obbligo ai funzionari imperiali di applicare l'editto, e nella *Lex Rivi Hiberenienis*, in III.29 ci si riferisce all'editto (dunque al processo formulare) in modo chiaro. Sul punto cfr. D. NÖRR, *Prozessuales (und mehr) in der Lex rivi Hiberiensis*, in *ZSS.*, 125, (2008) p. 108 ss.

restano irrisolti alcuni nodi ricostruttivi, in particolare se tali editti si differenziassero in base alle province o il testo fosse unico. Una questione che muta in base alla sua collocazione cronologica. In tal senso, mi sembra significativo, come già in epoca repubblicana alcune fonti attestino l'uso della formula, adattata ai diritti locali; emblematico il caso della Sicilia⁴⁹. Il dato conforta la possibilità che anche nelle province orientali, come l'Arabia Petrea, la formula fosse impiegata adattata alla realtà e alle esigenze locali, in base alle linee guide dettate dall'*Edictum provinciale*.

Infatti, mi sembra significativa la datazione della vicenda, il 132, epoca in cui si inserisce anche la redazione dell'editto perpetuo. Così, al tempo della formula di Babatha, si può ritenere che quel processo di cristallizzazione graduale dello editto si fosse compiuto, verso anche un'unificazione delle emanazioni pretorie⁵⁰. Ciò si pone in coerenza anche con i frammenti di Gaio che nella *inscriptio* indicano il commento all'editto provinciale, al singolare.

Non mi sembra privo di significato, che tali frammenti risultino selezionati e inseriti nelle Pandette dai commissari, al pari dei commentari all'editto urbano, senza distinzione, per delineare una fattispecie o un istituto⁵¹. Si

⁴⁹ Maganzani, *Edictum provinciale*, cit., p. 1 (estr.) ss., esamina *ad Att.* 6.1.15, in cui Cicerone fornisce una sorta di interpretazione autentica dell'editto, essendo stato emanato da egli stesso, in qualità di governatore della Provincia. La studiosa evidenzia come l'editto sia il frutto di un temperamento tra esigenze locali e certezza del diritto. Così lo stesso risulta sintetico, con un rinvio diretto all'editto urbano. Il dato, una novità per l'epoca repubblicana, ma che può essere considerato fisso per quella imperiale, come si vedrà, consiste nell'applicazione della procedura formulare con adattamenti formali alla lingua e alle prassi provinciali. La studiosa, infatti, esamina il termine greco *dica* impiegato per indicare la citazione in giudizio, dimostrando che, nella sostanza corrisponderebbe alla *editio actionis* del tempo, e che tutta la procedura rispecchia quella formulare nella sostanza. Proprio tale flessibilità avrebbe consentito, tra l'altro, un ampio uso all'interno dell'impero futuro del processo formulare. Altro dato, particolarmente significativo, emergente dalla disamina dell'autrice, che trova conferma per l'età imperiale, concerne la suddivisione di competenza tra organi locali e delegati del potere centrale, secondo criteri fissati dal governatore. Alla luce di tale impostazione, le leggi seguenti e l'editto provinciale di età imperiale si attergerebbero come il prosieguo naturale di un'impostazione che affondava le sue radici sin dal sorgere delle province.

⁵⁰ La progressiva cristallizzazione dell'editto è un dato che trova, oramai, la letteratura concorde, tra gli altri, in tal senso, di recente cfr.: A. Schiavone, F. Amarelli, F. Botta, *Storia giuridica di Roma*, Torino, 2016, p. 287; L. Vacca, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017, p. 140 ss. Meno recente, ma con ampia bibliografia è il contributo di D. Mantovani, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998, p. 159 ss.

⁵¹ Proprio in riferimento alla tutela nella sede dedicata, i frammenti estrapolati dai commentari all'editto provinciale sono numerosi e integrano la disciplina in modo essenziale. Ciò farebbe ipotizzare, a mio avviso, che la tutela concepita dai romani in modo peculiare rispetto ad altri ordinamenti, avesse in realtà risentito nel tempo dei diritti e delle prassi provinciali e fosse rientrata negli schemi giuridici romani.

potrebbe far ipotizzare, alla luce di quanto premesso, che l'editto provinciale si differenziasse in diversi punti da quello urbano, e che a seguito dell'estensione della cittadinanza per opera di Caracalla, i contenuti dei due, editto urbano e provinciale, si sarebbero fusi in un *corpus* e che il lavoro dei commissari di Giustiniano rispecchiasse una fusione avvenuta già in precedenza, a partire dagli Antonini⁵².

Pertanto, si può ipotizzare che, in generale, il sistema giudiziario, in cui inserire la presenza della formula dell'*actio tutelae*, pur complesso e variegato, prevedesse l'applicazione del diritto romano sulla base normativa dell'*Edictum provinciale* e, su quella organizzativa, dei delegati dal potere centrale, (ossia *princeps* o i suoi rappresentanti nelle province). Inoltre, si può credere che per l'azione di tutela si potesse registrare una regolamentazione simile nei vari territori, come si vedrà a breve.

6. σὺν ὁμῶν, una precisazione.

D. 26.1.16 pr. (Gai. 12 ad ed. prov.): *Tutela plerumque virile officium est.*, D. 26.1.16.1 (Gai. 12 ad ed. prov.): *Et sciendum est nullam tutelam hereditario iure ad alium transire: sed ad liberos virilis sexus perfectae aetatis descendunt legitimae, ceterae non descendunt*, D. 26.2.1pr. (Gai. 12 ad ed. prov.): *Lege duodecim tabularum permisum est parentibus liberis suis sive feminini sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare*, D. 26.2.1.1 (Gai. 12 ad ed. prov.): *Item scire debemus etiam postumis filiis vel nepotibus vel ceteris liberis licere parentibus testamento tutores dare, qui modo in ea causa sint, ut, si vivo eo nati fuerint, in potestate eius futuri sint neque testamentum rupturi*, D. 26.2.1.2 (Gai. 12 ad ed. prov.): *Item ignorandum non est eum, qui filium in potestate et nepotem ex eo aequae in potestate habebit, si nepoti tutorem dederit, ita recte dedisse videri, si nepos post mortem eius in patris sui potestatem recasurus non sit: quod evenit, si vivo testatore filius in potestate eius esse desierit*, D. 26.5.5 (Gai. 12 ad ed. prov.): *Illud semper constitit praesidem posse tutorem dare tam absentem quam praesentem et tam praesenti quam absenti*.

⁵² Oltre alle fonti viste nella nt. precedente, che l'editto provinciale si raccordasse alla diversa realtà locale, può essere attestato da un frammento gaiano escerpito dal commentario all'editto provinciale in tema di tutela; si tratta di D. 26.1.6 pr. (Gai. 12 ad ed. prov.): *Tutela plerumque virile officium est*. A mio avviso, il *plerumque* conferisce alla definizione un valore non assoluto, ma che postula possibili diversità di regime. Anche le *sedes materiae* originale potrebbe comprovare, da un lato l'influenza di prassi provinciali sul diritto romano, dall'altro, a livello testuale, una sorta di incertezza giuridica, che trova riscontro nelle espressioni di Gaio. Proprio nella direzione della possibile ricezione di prassi provinciali o nella possibilità che la donna fosse tutrice si pone anche l'archivio di Babatha. Sulla ricostruzione della donna tutrice, si veda T. Masiello, *La donna tutrice modelli culturali e prassi giuridica fra gli Antonini e i Severi*, Napoli, 1979. Diversamente, sulla possibilità che la donna in provincia fosse tutrice di suo figlio, alla luce dei papiri Yadin, cfr. T. Chiusi, *Babatha vs. the Guardians of her Son: a Struggle for Guardianship – legal and practical aspects of p. Yadin 12-15, 27*, in *Law in the Documents of Judean Desert*, Leiden, 2005, p. 116 ss.

I dati ora rilevati, trovano conferma anche in altri punti dell'archivio di Babatha, segnatamente in Yadin 25⁵³ del 131, attestante una lite giudiziaria che vede come parti una donna romana, appartenente alla classe dirigente, *Iulia Crispina*⁵⁴, tutrice dei nipoti di Yehudah (marito defunto di Babatha), e Babatha. Entrambe adiscono la giustizia romana nella persona del governatore.

Ma vi è un passaggio in cui di fronte al *legatus Augusti* romano è presentata una controversia riguardante un esposto a carico di Babatha, da parte della stessa Crispina, per presunte illegalità nella gestione del patrimonio del minore. Il passaggio, in questa sede interessante, è quello in cui l'organo romano ricusa la sua stessa *cognitio* e invita le parti, a risolvere la controversia che gli era stata presentata *σὺν ὑμῖν*.

L'espressione *σὺν ὑμῖν* riveste, a mio parere⁵⁵, un senso non univoco che la lacunosità del papiro non aiuta a comprendere. Innanzi tutto potrebbe rinviare all'idea di un accordo, una sorta di giurisdizione privata, ove fosse intesa non tanto come 'con voi', quanto piuttosto come 'tra voi'. Tale ipotesi è suffragata da alcuni provvedimenti imperiali precedenti, in base ai quali agli Ebrei si sarebbe concesso o imposto persino di risolvere determinate questioni all'interno della loro comunità, come visto⁵⁶.

Diversamente, il *σὺν ὑμῖν* potrebbe essere collegato a un processo *extra ordinem*, vicino al modello ellenico, (oltre alla procedura, anche la terminologia, rinvia al modello greco, come l'uso del termine *παραγγέλλω*, e i suoi derivati, presente nel papiro) per cui le parti dovevano essere tutte presenti⁵⁷, e *σὺν* indicherebbe la necessaria contemporaneità delle stesse in giudizio.

7. Processo formulare in provincia: un possibile compromesso tra potere e volontà.

⁵³ Yadin 25.20: [εἰς Π]ῆτρ[αν σὺν ὑμ]ῖ[ν τ]ῶ [νόμ]ιμα χρᾶ[σ-]θαι, καὶ τὰ νῦν παραγγέλλω σοι πρῶτως πρὸς τὸν κράτισ-[τ]ὸν ἡγ[εμό]να εἰς Παββαθμωαβα χάρ[ι]ν οὗ ἔχω πρὸς σε...

⁵⁴ Sulla figura di *Iulia Crispina* si veda Hartmann, *op. cit.*, p. 16 ss.

⁵⁵ Per la traduzione ufficiale, invece, *σὺν ὑμῖν* rivestirebbe solo il senso di 'con voi'. Hartmann, *op. cit.*, p. 135 s.

⁵⁶ Si veda retro nt.

⁵⁷ Per tutti cfr.: L. J. Hermann E. Meier, *Das Attische Recht und Rechtsverfahren mit Benutzung des Attischen Processes*, in *Atheneum* 50-51 (1972) p. 287 ss., molto interessante in quanto Iul. Vict. 375 30 ss.

Ancora, M. Hengel, *The 'Hellenization' of Judea in the First Century after Christ*, Oregon, 2003, p. 72. Ci parla delle reciproche influenze del diritto greco e romano, in campo processuale, A. Biscardi, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, p. 249 ss.

Quanto esposto sono spiega ancora il problema della possibile scelta tra *cognitio extra ordinem* e processo ordinario⁵⁸.

Un elemento di aiuto, per risolvere tale questione, può essere trovato sempre nel testo di Yadin 28-30. Così, superata l'idea che nel periodo adrianeo il processo formulare fosse in disuso nelle province al tempo di Adriano⁵⁹, si può verificare se la presenza della formula fosse legata al particolare organo competente, ossia gli *Xenocritai*.

Sulla identificazione di tali soggetti, la letteratura formula diverse ipotesi. Ciò che secondo me può riflettersi sul piano sostanziale, invece, riguarda l'espressione *Xenocritai*, che letteralmente starebbe a significare 'giudici stranieri'. Se si segue la traduzione letterale, che caratterizza il papiro, allora il lemma originale sarebbe *iudices peregrini* a cui la dottrina passata, più che giuridica, filologica⁶⁰, ha conferito il senso di 'giudici stranieri', ossia non romani, perciò locali. Un siffatto senso ha destato non poche perplessità, e la letteratura romanistica, al fine di individuare gli *Xenocritai*, ha apportato considerazioni sostanziali, ipotizzando che potessero essere *iudices pedanei*⁶¹ o

⁵⁸Nei miei precedenti studi ho avuto modo di constatare come la *cognitio*, pur all'interno di un'unica fase, conservasse alcune forme e nomi del processo formulare, entro una linea di continuità con il periodo classico. Vi sarebbe stata, perciò, una sorta di mutazione dall'una all'altra, e la *cognitio* si sarebbe delineata nel tempo, in modo progressivo, attraverso interventi legislativi vari che si sarebbe assestata solo nel Tardo Antico. Su tale aspetto si veda avanti nel testo.

⁵⁹ Cfr. C. Buzzacchi, *Pagi, governatori e giudici nell'Occidente di Roma*, in *Giudizi, giudici, e norme processuali. Ravenna Capitale*, 1, Bologna, 2015, p. 69 nt. 19. La studiosa, proprio in riferimento alla presenza di una formula sempre di epoca adrianea in Occidente, (su cui cfr. nt. 4) afferma: "Certo il dato della formula... può sorprendere, sia per il luogo, come si è visto, per l'epoca, adrianea". Ancora ricordando Yadin 28-30, definisce il ritrovamento della formula come avvenuto "in un luogo ove non ci si aspetterebbe di trovarlo", sulla scia di una indagine di Manganzani, *La formula con 'intentio incerta'*, cit., p. 181 ss.

⁶⁰ Per H. J. Polotsky, *The Greek Papyri from the Cave of Letters*, in *IEJ*. 12 (1962) p. 258 ss., il termine avrebbe indicato i giudici non romani. La traduzione letterale dal greco può indurre a tale lettura, ma l'aggettivo indica l'ambito di competenza, ossia gli stranieri rispetto ai romani. Tale lettura, ritenuta superficiale da D. Nörr, *The Xenokritai in Babatha's Archiv*, in *ILJ*. 29 (2015) p. 83 ss., Id., *Prozessuales aus den Babatha Archiv*, in *Hommage a le memoire di A. Magdlein*, Paris, 1998, p. 317 ss., che riesamina il termine, contestualizzandolo, individuando negli *Xenocritai* i *recuperatores*.

⁶¹Per H. J. Wolff, *Römisches Provinzialrecht in der Provinz Arabia (Rechtspolitik als Instrument der Beherrschung)*, in *ANRW*. 2.13, Berlin-New York, 1980, p. 786, sarebbero stati *iudices pedanei*.

I *iudices pedanei* sono trattati in D. 3.1.1.6 (Ulp. 6 *ad ed.*): *...Item senatus consulto etiam apud iudices pedaneos postulare prohibetur calumniae publici iudicii damnatus...* e sembrano di recente istituzione rispetto al passo di Ulpiano che li identifica come magistrati, e non come *iudices* presenti nella fase *apud iudicem*. Ancora si veda C. Venturini, *Quaestio e multae petitio nella lex Usonensis*, in *Minima Ephigraphica* 1 (2010) p. 230 ss.

*recuperatores*⁶². In proposito, è stato notato che tale tesi, sui *recuperatores*, “sembra poco probabile, se si pensa sia all'età in cui ci troviamo, cioè l'età adrianea, sia alla zona di provenienza, una provincia imperiale, sia anche alle parti coinvolte nel processo, che non sono cittadini romani ma peregrini, per i quali appare assai più ovvio il ricorso a giudici locali a ciò delegati dal governatore provinciale, abitualmente residente nella lontana fortezza di Bostra, piuttosto che nella metropoli di Petra, dove soltanto annualmente egli tiene il suo *conventus* giudiziario”⁶³.

Peraltro, i *recuperatores* giudicavano su azioni penali o popolari, che, quindi, rivestivano un interesse pubblico, mentre i *iudices pedanei* gestivano cause di poco conto e, all'epoca di Adriano, non solo tra stranieri, come noto. Anche se non vi sono dati certi in merito, si può ipotizzare che la tutela non rientrasse nella sfera di competenza di tali giudici, dal momento in cui era considerata un *officium*, esentata anche dai *munera*, proprio in provincia⁶⁴. Così nessuna delle ipotesi prospettate collima senza lasciare perplessità, con il caso di Yadin 28-30.

Come si vede, i dati generali non sono di grande aiuto nell'identificare nemmeno un eventuale riparto di competenza rispetto agli *Xenokritai*.

Dal punto di vista semantico, il termine ‘*Xenocrites*’ non è nuovo, sembra essere comune nel bacino dell'Oriente Mediterraneo ellenizzato⁶⁵ ed è pur vero che, seguendo una traduzione letterale, esso equivale a *peregrini*, come voluto

⁶² In tal senso cfr.: Nörr, *The Xenokritai*, cit., p. 83 ss.; D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, Como, 1992, p. 50, per cui il termine “*Xenokritai*” sarebbe stato da identificare con i *recuperatores* ritiene che gli *Xenokritai* andrebbero identificati con i *recuperatores*. Critica tale opinione, ma mutando idea sul punto, A. Biscardi, ‘*Rhomaioi epidemountes*’ sulla individuazione degli ‘*Xenokritai*’ e sulla loro attività, in *P. Oxy 3016*, in *Festschrift E. Seidl*, 15, Köln, 2015, p. 331 s., che ritiene che fossero appunto giudici atti a giudicare anche cause tra stranieri (rispetto ai Romani).

⁶³ Così L. Migliardi Zingale, *Diritto romani e diritti locali nei documenti del vicino Oriente*, in *SDHI*, 45, (1999), p. 271 ss.

⁶⁴ D. 27.1.6.15 (Mod. 2 exc.): *Tutela non est rei publicae munus nec quod ad impensam pertinet, sed civile: nec provinciale videtur tutelam administrare*. Non si riconosce nella tutela dativa un *munus* provinciale, benché non sia di gestione della *res publica* espleterebbe comunque una funzione civile. Sul brano: A. Guzmán Brito, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Baranain, 1976, p. 174; T. Masiello, *I libri excusationum di Erennio Modestino*, Napoli, 1983, p. 38 ss.; G. Viarengo, *L’“excusatio, tutelae” nell’età del Principato*, Padova, 1996, p. 142; F. Grelle, *Diritto e società nel mondo romano*, Roma, 2005, p. 62, che nota come la dottrina abbia voluto ravvisare nel brano una contrapposizione dei *munera publica* ai civili. E. Germino, *Una causa di excusatio tutelae in un testo di Erennio Modestino*, D. 27.1.6, in *Studii in onore di L. Labruna*, IV, Napoli, 2007, p. 2189 ss.; E. Chevreau, *L’evolution de la tutelle romaine a travers le mecanisme de l’excusatio tutelae*, in *Fundamina* 20 (2014).

⁶⁵ Cfr. nt. 50.

dai primi editori dei papiri. Senonchè, secondo un uso tipico dei *prudentes*, il termine *peregrini* non indica il giudice straniero, ma quello competente per cause di stranieri. Una tale accezione si confà parimenti alla tradizione romana, poiché, in modo simile, anche il *praetor peregrinus* indicava il giudice romano preposto alle liti in cui almeno una parte fosse stata straniera, non *civis*⁶⁶.

Inoltre, un tale significato trova riscontro, non solo a livello terminologico, ma anche sostanziale, nelle norme provinciali. Infatti, come visto, le stesse conferivano, per mezzo di delega di competenza, il potere di decidere su questioni determinate per materia e per valore, a giudici, per così dire minori. In alcuni casi ci si serviva degli uffici preesistenti locali, adattati però al potere romano, anche se erano conservate spesso le denominazioni originali di tali organi.

Vi è una ulteriore ipotesi sugli *Xenocritai* che potrebbe raccordarsi a un riparto di competenze in favore del processo ordinario. Yadin 28-30 è dello stesso periodo storico di un brano di Modestino presente in D. 27.1.6.14 (2 *excus.*): *Evnous hierarxia, ohion asiarxia, bivunarxia, kappadokarxia, parexei aleitourgysian apo epitropwn, tout' estin hews an arxy...*⁶⁷, in cui si elencano i soggetti e gli uffici esentati dai *munera*. Tra questi sono menzionati gli asiarchi⁶⁸ che sono esentati dai *munera* relativi alla tutela. Dunque, si deduce che l'asiarca fosse il funzionario competente per la tutela (che come detto, pur conservano una denominazione ellenica, era adattato al potere romano), e che tale *officium* rivestisse una particolare importanza, anche nella parte orientale dell'impero in epoca Flavia. Ciò si pone in linea, traendone ulteriore argomentazione positiva, anche con *Lex Irnitana*, in particolare nel capitolo 84, (oltre che con la *Lex Salpensana*) ove vi è un elenco di materie sottratte alla competenza dei giudici locali, tra cui proprio la tutela⁶⁹.

⁶⁶ Un precedente significativo mi sembra potersi trovare in Maganzani, *Editto provinciale e processi locali*, cit., p. 43, in cui la studiosa dà conto del IV editto di Augusto ai Cirenei (FIRA. 1.68), il quale stabilisce che nelle liti tra locali, sottoposte alla giurisdizione romana, il giudice sarebbe dovuto essere un cittadino locale, (greco) non romano, dunque, delegato dal governatore, salvo la specifica richiesta di colui che era chiamato in giudizio di un giudice romano. Questo per assicurare un processo il più equo possibile.

⁶⁷ Sul brano, proprio in relazione agli asiarchi, cfr. S. J. Friesen, *Twice Neokoros: Ephesus, Asia, and the Cult of the Flavian Imperial Family*, Leiden, 1993, p. 963 ss.

⁶⁸ Degli asiarchi, figura ancora in gran parte misteriosa, ci parla Strabone nella sua *Geographia*, 14.1.42, e pare rivestissero funzioni oltre che culturali, anche politiche e amministrative.

⁶⁹ Secondo la ricostruzione di D'Ors, *Lex Irnitana*, cit., p. 4 ss., nel capitolo 84 sono elencate le azioni sottratte alla competenza dei giudici locali, tra cui quelle infamanti.

È probabile che, data la natura della tutela considerata un *officium*, e dato il carattere infamante dell'azione, una tale esclusione non fosse derogabile, imponendosi per converso il processo ordinario, nell'impero tutto, con gli adeguamenti opportuni⁷⁰.

In altri termini, per le materie elencate nel capitolo 84, escluse dalla competenza locale, si sarebbe richiesto il processo non solo romano, ma ordinario. Tale eccezione sarebbe valsa per tutte le *civitates* dei territori a controllo giuridico imperiale, compresa, dunque, l'Arabia Petrea.

A mio parere, entrambi i sensi visti di *Xenocritai* si coordinano a un'eventuale riserva di legge, per cui la tutela sarebbe stata sottratta a giudici locali delegati, ciò se si guarda al luogo 'in senso giuridico' in cui il lemma è collocato, indicativo della loro funzione all'interno della procedura. In altre parole, si deve tener presente che tali *iudices* sono menzionati in una *formula* processuale. Pertanto, come noto, all'inizio, nella parte riservata alla *datio iudicis*, si ha una peculiare specificazione della competenza per valore, quindi, in corrispondenza di questa, si stabilisce un limite massimo per l'eventuale condanna, e la conseguente coincidenza, in ciò, della *datio iudicis* con la *taxatio*. Pertanto, essi si riferiscono alla fase *apud iudicem* e a soggetti delegati dal pretore, non necessariamente titolari di *iurisdictio*, potendo essere anche privati, come noto.

La partecipazione di organi giudicanti per peregrini avrebbe rappresentato una garanzia di tutela maggiore per i locali, e ciò contribuirebbe a spiegare la volontà, che si deduce dal tenore testuale della formula, come visto, a che il processo restasse di loro competenza, seppur nella seconda fase. In tal modo non si sarebbe violata la eventuale riserva di competenza per la tutela, essendo il pretore-funzionario a gestire la fase *in iure* e la formula.

Yadin 28-30 rappresenta, a mio parere, un compromesso tra processo romano ed esigenze provinciali.

Così, si potrebbe anche ipotizzare che il termine '*Xenocritai*' mantenesse una connotazione volutamente generica, in quanto poco rilevante per la formula che era un modello astratto privo anche dei nomi delle parti e che interessasse delimitare la competenza, da un lato, ed evitare una *pluris petitio* dall'altro.

Come detto, occorre giustificare la presenza della formula anche alla luce degli altri papiri dell'archivio. Infatti, sebbene essi attestino il ricorso alle autorità

⁷⁰ In dottrina si discute sulla derogabilità o meno di tale limite in base all'accordo delle parti. Per Wolf, *Iurisdictio irnitana*, cit., p. 29 ss., tale competenza sarebbe stata inderogabile; diversamente per Lamberti, *La giurisdizione nei 'municipia'*, cit., p. 183 ss., le parti potevano accordarsi per superare tale limite. Invero, tale questione non è essenziale al caso di Babatha, visto che non si accenna a un possibile accordo tra le parti.

romane, gli altri atti processuali non sono immediatamente collegabili a procedure formulari, anzi i termini e le modalità di svolgimento dei vari passaggi rinviano al processo ellenico, modellato al caso concreto, dunque alla *cognitio extra ordinem*.

In base a tale contesto, ossia un archivio di atti processuali e sostanziali, di una donna non certo colta con ogni probabilità analfabeta, la presenza della formula può essere difficilmente spiegata per un uso scolastico o che non riguardasse un suo pratico utilizzo⁷¹, dimostrando, perciò, l'effettività della procedura ordinaria.

Le argomentazioni sin qui condotte ipotizzano che l'applicazione della formula potesse essere stata imposta, ma la *taxatio* e altri fattori (come altre formule dello stesso periodo rinvenute altrove) lasciano credere che potesse essere anche frutto di una scelta, in quanto il processo ordinario aveva un carattere dispositivo, era frutto di un accordo, mentre le *cognitiones*, segnatamente quelle dell'archivio, sono imposte dal funzionario, *dominus* della procedura, offrendo, così, minori garanzie.

8. Altre peculiarità nella formula.

La formula è resa in greco, essendo la lingua raccomandata anche dall'autorità romana nelle terre della *koinè*⁷². La traduzione è, però, letterale; così accade che, nel testo, alcuni istituti non siano trasposti in modo corretto dal sistema giuridico romano a quello ellenico⁷³. Evidenti esempi, in tal senso, sono la

⁷¹ Ipotesi prospettata da molti autori tra cui Biscardi, *Nuove testimonianze*, cit., p. 111 ss.; Rabello, *La giurisdizione civile*, cit., p. 512 ss.; K. Czajkowski, *Localized law*, Oxford, 2016, p. 1 ss.

⁷² Rabello, *La giurisdizione civile*, cit., p. 528, "Si usa il greco nonostante la maggioranza degli scribi fosse di lingua ebraica o aramaica. Inoltre essi [con riferimento agli atti scritti] erano usualmente depositati in pubblici archivi come in Egitto, così che, dopo essere stati registrati, potessero essere prodotti a fini probatori in sede giurisdizionale".

⁷³ La lingua per gli atti pubblici imposta al tempo di Adriano era il greco, e difatti, si riscontrano alcune anomalie dovute alla trasposizione forzata di istituti tipici del diritto romano assenti nelle province. Rabello, *La giurisdizione civile*, cit., p. 528, "Si usa il greco nonostante la maggioranza degli scribi fosse di lingua ebraica o aramaica. Inoltre essi [con riferimento agli atti scritti] erano usualmente depositati in pubblici archivi come in Egitto, così che, dopo essere stati registrati, potessero essere prodotti a fini probatori in sede giurisdizionale".

Tali differenze vanno a sfumare nel tempo, quando l'impero andrà verso l'estensione della cittadinanza romana e verso l'affermarsi del fenomeno delle codificazioni romano-cristiane, ossia quando la tensione ad una uniformità di istituti sarà maggiormente sentita rispetto a una *pars imperii* piuttosto che ad un'altra. Sul complesso rapporto tra linguaggio e concetti tecnici cfr.: K. Latte, *Kleine Schriften zu Religion, Recht, Literatur und sprache der Griechen un Römer*, München, 1968, p. 233 ss.; E. Berkener, *Zur grieschen Rechtsgeschichte*,

traduzione del verbo *agatur*, che, se per il diritto romano indica l'azione processuale civilistica, in greco è resa con *agetai*⁷⁴, parola che riveste un senso atecnico, in quanto l'azione processuale nel greco del tempo era indicata con il lemma *αγγέλλω* che si trova anche nello stesso archivio, come visto in Yadin 25.

Altro esempio, visto in apertura, si può ravvisare nell'impiego di termini generici, accusatore e accusato, in luogo dei tecnici, attore e convenuto. In base tali imprecisioni, si potrebbe pensare a uno scriba non esperto di diritto⁷⁵ ellenico. E ciò si porrebbe nella direzione di considerare il luogo in cui avvennero i fatti, sottoposto a una significativa romanizzazione sotto il profilo giuridico, tanto più che la stessa Petra nel 130 si trasformò in metropoli adrianea⁷⁶.

Ancora, proseguendo nella lettura, si nota un'ulteriore diversità linguistica che consiste nell'uso di 'tale' e 'figlio di tale', anziché i classici nomi usati nelle formule A.A., N.N, come nel rispetto della tradizione romana. A mio avviso, queste differenze non incidono sull'aspetto sostanziale, ossia che si tratti di modello romano creduto da molti in disuso, ci indicano che la formula non sarebbe stata trascritta da un tecnico⁷⁷, ma ideata da un giurista e adattata a specifiche esigenze attraverso la *demonstratio*, la *taxatio*.

Darmstadt, 1968, p. 77 ss.; O. Bucci, *Le provincie orientali dell'impero*, Roma, 1988, *passim*, ove l'autore individua nel diritto cristiano un fattore di unificazione non solo giuridico, ma anche linguistico. H.J. Wolff, *Preistoria ed origine del concetto di diritto nell'esperienza greca arcaica*, in *Studi Sanfilippo*, 2, Milano, 1988, p. 759 ss.; A. Cusmà Piccione, *D. 45.1.1. (Ulp. 48 ad Sab.): lingue straniere e 'conceptio verborum' della 'stipulatio' nella prospettiva di Ulpiano*, in *Modelli di un multiculturalismo giuridico. Il bilinguismo nel mondo antico*, Napoli, 2013, p. 340 ss.

⁷⁴ Su tale lemma cfr. Czajkowski, *Localized law*, cit., p. 1 ss.

⁷⁵ Per Rabello, *La giurisdizione civile*, cit., p. 528 s., la presenza di latinismi si giustifica per la forte romanizzazione della Nabatea che, per converso, non fu molto ellenizzata sotto il profilo giuridico. Ad una ellenizzazione del linguaggio non corrisponderebbe, così, un'altrettanta profonda ellenizzazione del diritto. Babatha, stando ai documenti, risulta originaria di En Gedi sotto la circoscrizione della città di Petra, che nel 130, come ricordato, fu classificata dallo stesso Adriano come metropoli adrianea, un luogo, dunque, fortemente romanizzato. Questo dato non mi sembra secondario, per stabilire la giurisdizione del posto, che variava a seconda del livello di romanizzazione.

⁷⁶ Babatha, stando ai documenti, risulta originaria di En Gedi sotto la circoscrizione della città di Petra, che, come ricordato, fu classificata dallo stesso Adriano come metropoli adrianea, un luogo, dunque, fortemente romanizzato. Questo dato non mi sembra secondario, per stabilire la giurisdizione del posto, che variava a seconda del livello di romanizzazione.

⁷⁷ Da ricordare, in tal senso, mi sembrano le riflessioni di M. Varvaro, *Ricerche sulla 'praescriptio'*, Torino, 2008, p. 116. Lo studioso, nell'esaminare il *quod* della *demonstratio* formulare, ravvisa in Yadin 28-29, la presenza dell'equivalente di un *quod* causale latino, seguito dall'indicativo. Assimila il passaggio in questione alla formula di Liv., 1.32.13, *De belli*

9. Yadin 28-30 e giurisprudenza in provincia.

La formula dell'*actio tutelae* appare, dunque, (astratta nella identificazione delle parti, ma modellata su alcune esigenze specificate, nella *datio iudicis*, nella presenza della *taxatio* e nella *demonstratio* resa da un *quod* con l'indicativo) opera di un giurista romano, di un tecnico. Ciò conferma la presenza di *prudentes romani* anche in una provincia così lontana da Roma, e d'altro canto l'editto provinciale poteva essere trasfuso ai peregrini e raccordato con le *leges provinciae* solo da tecnici.

In tale ottica, Yadin 28-30 pone in luce un dato nuovo e in parte contrastante con quanto consolidato sino ad ora, ossia quello per cui la giurisprudenza romana si sarebbe rivolta alle *elites* romane⁷⁸. La presenza della formula nell'archivio di una vedova ebrea che lavorava, coltivava datteri, per vivere, analfabeta, mi sembra possa allargare il campo di indagine e lasciar emergere come, non solo il processo romano ordinario ma anche l'ausilio dei giuristi fosse più diffuso, e più democratico, di quanto sino ad ora creduto.

Anzi, dall'analisi della formula si conferma che il loro apporto sarebbe stato determinante nel far confluire diritti o modelli negoziali provinciali in schemi romani⁷⁹.

10. Prime considerazioni su Yadin 28-30: un'ipotesi.

La formula di Babatha mi sembra raccordarsi alle leggi provinciali che, ancora al tempo di Adriano, prescrivevano l'uso generale dell'*ordo*, da un lato e sottraevano alcune materie, come la tutela, a processi *extra ordinem*.

indictione, ai formulari della *manus iniectio* del *iudicatus*, alla *solutio per aes et libram*, alla *cretio*, alla *cognitoris datio*, ove il *quod* è seguito dall'indicativo ed è finalizzato alla delimitazione dell'oggetto del contendere. Se, come visto, non mi sembra sia possibile capire quanto la versione greca della formula fosse aderente al dettato letterale del testo originale, tuttavia le riflessioni dello studioso vanno nella direzione di corroborare che in effetti si tratti un'applicazione piena del processo formulare ordinario, aldilà delle problematiche linguistiche.

⁷⁸ Talamanca, *Diritto e prassi*, cit., p. 189 ss.

⁷⁹ Ciò spiegherebbe anche la scarsità di frammenti che trattano di diritti provinciali, D. 19.5.12, D. 32.41.9, allo stesso tempo, non credo possa indurre a credere in modo certo che la normativa provinciale non fosse considerata in alcun modo dai *prudentes*. A partire dalla *Constitutio Antoniniana* e dalla unificazione probabile anche dell'editto, le varie normazioni si sarebbero tutte trasfuse in quella romana e quelle residuali non rientrassero nell'attenzione dei commissari di Giustiniano. Quindi quel complesso processo di amalgama e selezione dei commissari avrebbe alterato lo *status* delle discussioni o degli scritti giurisprudenziali sulla normazione provinciale.

In tutto l'impero, non solo in Occidente, il processo romano sarebbe stato largamente impiegato come schema procedurale, scelto dagli stessi *peregrini*, a scapito dei tribunali locali, come lamentava già Plutarco⁸⁰. In questo contesto, mi sembra che il modello formulare rappresentasse uno schema che si basava sulla possibilità di precisare i fatti, modellato sull'accordo, lasciando, in tal modo, spazi alla dialettica tra le parti. Altresì, la garanzia per i *peregrini* era rafforzata dalla presenza, seppur nella fase *apud iudicem*, di *iudices delegati*⁸¹ più vicini alla realtà provinciale.

Di qui anche il senso della *taxatio*, come sottesa a una volontà a che la causa restasse nell'alveo della formula. La procedura formulare appare, così, sotto una nuova veste: non quale meccanismo astruso per i *peregrini*, ma quale schema evoluto e 'garantista', scelto dagli stessi provinciali, non soltanto imposto.

Nell'archivio di Babatha si è visto, inoltre, che l'uso di *cognitiones extra ordinem* nasce spesso per volontà dello stesso funzionario imperiale e si caratterizza per un'autorità maggiore rispetto al processo ordinario. Esse, infatti, erano gestite dal libero apprezzamento del giudice-funzionario, sia per quanto concerne la qualificazione sia per la qualificazione del fatto.

Una simile diffusione del processo formulare impone di rivedere, credo, anche l'evoluzione della *cognitio* rispetto all'*ordo*.

Da una prima disamina dell'archivio di Babatha, pertanto, emerge che nel II secolo non vi sarebbe stata ancora una decadenza del processo formulare, né mi pare che esso fosse riservato alle *elites* (a cui Babatha non apparteneva), come opinione diffusa vuole. In tale contesto i *prudentes* rivestono un ruolo di primo piano, nella loro attività di *cavere*, anche in queste periferie estreme dell'impero. L'esperienza giurisprudenziale romana, pertanto, appare un fenomeno che coinvolge molti soggetti a vari strati e riguarda tutto l'impero. Il Digesto, così, sembra restituirci un quadro parziale e frammentario di una realtà giuridica molto più vivace e diffusa a vari livelli, ma non per questo meno rigorosa, stando alla applicazione della formula dell'*actio*.

Inoltre, come si vedrà meglio nel prosieguo degli studi, mi sembra che nei papiri nella Grotta delle Lettere si confermi una coesistenza della *cognitio extra ordinem* e del processo formulare. Infatti, per quanto detto, è possibile che i papiri siano indice di una coesistenza tra applicazione delle formule e

⁸⁰ Plut., *Praec. ger. r. publ.* 19.814F.

⁸¹ Sul punto, riguardante il riparto di competenze in provincia si veda *supra*, §4.

procedure informali, o che seguono una forma, ma diversa dall'*ordo*, ossia quella della provincia interessata⁸².

Queste *cognitiones* si attuano, come in Yadin 25, per velocizzare l'amministrazione in alcuni aspetti non fondamentali. Lo svolgimento in un'unica fase della procedura sarebbe dovuta, non a una scelta di una diversa tecnica tipicamente provinciale, ma alla mancanza di un *modus* legalmente definito, in epoca adrianea, che il funzionario -lontano da Roma- esercitava in base al suo *imperium*. Si crea, così, anche un distacco con quel doveroso rispetto che caratterizzava l'operato dei magistrati giudicanti verso l'antico *ius civile* e i *boni mores*. Altresì, nella *cognitio* l'autonomia delle parti nel processo tende a diminuire sempre più, in quanto l'esigenza di tutela delle parti andava temperata con quelle di controllo in questi territori.

A tal proposito, i papiri Yadin, a mio avviso, sarebbero un esempio comprovante del fatto che le varie *cognitiones* nascevano anche in modo estemporaneo (svolgendosi nella lingua locale, assorbendo, anche per questo tramite, i modelli giuridici corrispondenti), e non si sovrapponevano alla formula. Quando quella della *cognitio* fosse divenuta la procedura usuale, alle soglie del Dominato, allora avrebbe assorbito gli schemi della formula, ma con l'avvertenza che stesse denominazioni, e simili fasi processuali, potevano presentare valenze giuridiche diverse, considerate alla luce degli interventi del potere centrale. Sono le costituzioni imperiali tarde che operano questa sorta di trasfusione, sostituzione, incasellando nelle proprie costituzioni le *cognitiones*, in un modello quanto più possibile fisso. Ed è nell'attuazione di tale meccanismo che le *cognitiones* si trasfondono negli schemi del processo

⁸² Certamente lo stato delle fonti odierno è tale per cui il quadro, dalle stesse restituito, consente ipotesi maggiormente dettagliate che in passato. Non di meno, già in precedenza alcuni autori avevano intuito e ipotizzato, sulla base delle conoscenze all'epoca possibili, che nella fase imperiale dell'esperienza giuridica romana le *cognitiones* fossero varie e potessero risentire di influssi provenienti dalle prassi provinciali, così come dai processi ordinari. Allo stesso tempo, la loro forza innovatrice si sarebbe riverberata in n certo qual modo anche nel processo formulare. In tal senso, cfr.: M. Lauria, *Iurisdictio*, in *Studi Bonfante*, 2, Milano, 1930, p. 479 ss.; R. Orestano, '*Plus petitio*' e '*in integrum restitutio*', in *Studi Biondi*, 2, Milano, 1963, 239 s. Di recente, in senso ampio, anche M. Brutti, *Il dualismo giudiziario nel principato*, in *Il processo e le sue alternative. Storia, teoria e prassi, atti del convegno Cagliari*, Napoli, 2017, p. 45 ss. Lo studioso traccia un impianto generale per cui la realtà giuridica e giurisdizionale sarebbe risultata moto più composita di quello che appare, tanto in Roma, quanto nei territori provinciali. Allo stesso modo, anche la giurisprudenza e il suo operato andrebbero calati nel contesto del tempo, non solo storico, ma anche ideologico, sempre ove il materiale cognitivo consenta ipotesi fondate.

formulare, persistendo così le denominazioni e le fasi proprie di questo, adattate e trasformate, ma solo parzialmente, come la *litis contestatio*⁸³.

La presenza di Yadin 28-30, unitamente ad altri ritrovamenti e documentazione, lascia credere che il disuso delle *formulae* sarebbe stato indotto, in gran parte, dal modo di amministrare i processi da parte dei funzionari imperiali, più che dalla volontà dei privati, i quali avrebbero trovato nelle formule maggiori garanzie per un giudizio equo. Diversamente i funzionari imperiali avrebbero esercitato il loro potere liberamente, privando la procedura dello schema formulare. Pertanto, la progressiva affermazione delle *cognitiones* e la loro successiva *reductio ad unitatem*, attraverso le costituzioni tarde, andrebbero lette come sintomo di esercizio di potere assoluto, e non soltanto come una trasformazione storica spontanea.

Abstract. The following investigation aims to be the anticipation of a more articulated work, concerning the legal experience in the ancient Mediterranean East, which starts from the so-called Babatha archive.

In the Babatha archive there are papyri that report the transposition of an *actio tutelae* formula. The formula is analyzed in its internal structure, linking it, not only to the context of Arabia Petrea, but also to municipal laws, such as the *Lex Irnitana*. In fact, from the point of view of the method, these rules, in the following pages, have been elevated to a model valid also for the whole Empire.

It has thus been hypothesized that the presence of the said formula leaves open the possibility that the 'ordinary' process, contrary to what was considered until now, was widespread and used also by pilgrims, from the moment in which it responded well to the needs of protection. Thanks to its structure, which left room for the conduct of individuals and followed canons typified by the praetor (therefore certain), there would have been greater guarantees with respect to the *cognitio*, remitted, at that time, substantially to the discretion of the imperial official. Consequently, the expansion of the *cognitio extra ordinem* on the one hand and the relative decadence of the process formulated on the other should also be seen in a new light.

This also presupposes the existence of lively jurisprudence in the province and that was not reserved only for the elites.

Keywords. Babatha, Provinciae, per formulas iurisdiction, Papyrus.

⁸³ Cfr. L. di Cintio, *La 'litis contestatio' nella 'Lex Romana Visigothorum'*, in *BIDR.*, 109, (2015) p. 321 ss., Ead., *Nuovi studi sulla 'Lex Romana Visigothorum', libri I e II*, Milano, 2016, p. 11 ss

Arianna Visconti

Ricercatrice di Diritto Penale, Università Cattolica Milano

**La «pazienza della terra»: dai percorsi di dominio all'incontro
nel cammino. Viaggio letterario nel diritto del patrimonio
culturale***

**«As the Earth Has Patience with the Life of Man»: From Paths
of Dominion to Meeting the Other on the Road.
A Literary Voyage in Cultural Heritage Law**

SOMMARIO: 1. Introduzione: dell'importanza del contesto. 2. Diversi ma non troppo: il turista rapinoso, da Goethe e Walpole ai giorni nostri. 3. Un monito letterario dalle rive del Tamigi: la lunga ombra del colonialismo. 4. Conclusioni: sul contesto, ancora.

1. Introduzione: dell'importanza del contesto.

Il presente saggio si inserisce in un ormai decennale percorso di esplorazione di un peculiare approccio 'letterario' all'approfondimento di questioni 'di giustizia'¹ – in particolare, anche se non solo, penale² – che ne ha, forse inevitabilmente, sottolineato in primo luogo la rilevanza critica. Esso ha

* Il presente saggio, sottoposto a *double blind peer review*, costituisce la rielaborazione della relazione tenuta l'11 aprile 2019 in occasione del convegno *Esodi e viaggi (in)sostenibili* (Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore) ed è destinato alla pubblicazione in G. FORTI - A. PROVERA (a cura di), *Il viaggio letterario della Giustizia. Storie di scoperte, colonizzazioni, migrazioni, turismi*, Vita e Pensiero, Milano 2020.

¹ Cfr. in part. G. FORTI - C. MAZZUCATO - A. VISCONTI (a cura di), *Giustizia e letteratura I*, Milano 2012; EAD. (a cura di), *Giustizia e letteratura II*, Milano 2014; C. MAZZUCATO - A. VISCONTI (a cura di), *Focus responsabilità medica, medicina difensiva, medicina narrativa*, «Rivista italiana di medicina legale», 2014, 3, pp. 847 ss.; G. FORTI - C. MAZZUCATO - A. VISCONTI (a cura di), *Giustizia e letteratura III*, Milano 2016; G.L. POTESTÀ - C. MAZZUCATO - A. CATTANEO (a cura di), *Storie di giustizia riparativa. Il Sudafrica dall'apartheid alla riconciliazione*, Bologna 2017; G. FORTI - A. PROVERA (a cura di), *La Grande Guerra. Storie e parole di giustizia*, Milano 2018; G. FORTI, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano 2018; G. FORTI - A. PROVERA (a cura di), *Mito e narrazioni della giustizia nel mondo greco*, Milano 2019.

² Cfr. anche, specificamente, A. VISCONTI, voce *Giustizia penale e letteratura*, in *Diritto Online Treccani Approfondimenti Enciclopedici*, treccani.it/enciclopedia/giustizia-penale-e-letteratura_%28Diritto-on-line%29/ (ultimo accesso il 14 settembre 2019).

dunque finito naturalmente per concentrarsi sulle capacità di ‘rottura’ della letteratura propriamente intesa³, valorizzandone l’attitudine a generare un ripensamento e una emancipazione da stereotipi e pregiudizi⁴, nonché, correlativamente, la fondamentale apertura alla voce e ai racconti degli *outsider*, emarginati dalle narrative sociali, politiche ed economiche dominanti⁵, e l’impulso alla tematizzazione di modelli alternativi di giustizia⁶, con un ripensamento delle categorie giuridico-dogmatiche tradizionali⁷.

In questa sede, tuttavia, interessa esplorare una diversa, e per certi aspetti opposta, potenziale rilevanza del contatto col testo letterario: l’attenzione che questo è in grado di indirizzare agli elementi di *contesto* per una corretta comprensione dei fenomeni sociali e giuridici, *anche* in funzione di un migliore apprezzamento critico degli stessi.

Con questo, non ci si vuole riferire qui alla capacità di molti testi letterari di illuminare le relazioni complesse tra l’individuo, il gruppo o i gruppi in cui è inserito, e il più ampio contesto socio-istituzionale, e quindi di aiutarci a comprendere quelle dinamiche ‘situazionali’ e ‘sistemiche’ all’origine di molte forme di criminalità sempre più diffuse nel nostro mondo ‘postmoderno’ o

³ Intendendo, ai fini che ci interessano, i testi narrativi di qualità letteraria, in contrapposizione alla letteratura c.d. ‘di consumo’: per tutti gli opportuni chiarimenti e riferimenti ci si permette qui di rinviare, per pure esigenze di sintesi, a A. VISCONTI, *Narratività, narrazione, narrazioni: giustizia come ‘apertura’*, in FORTI - MAZZUCATO - VISCONTI, *Giustizia e letteratura III*, pp. 3 ss. e in part. pp. 8 ss.

⁴ Cfr. *ex plurimis* A. CATTANEO, *Shakespeare alla sbarra. Giustizia e processi nel «Mercante di Venezia» e in «Otello»*, in FORTI - MAZZUCATO - VISCONTI, *Giustizia e letteratura I*, pp. 4 ss., e ivi anche F. D’ALESSANDRO, *La discriminazione su base razziale nell’opera di Shakespeare: giudizi e pregiudizi ancora attuali*, pp. 32 ss.; A. VISCONTI, *Streghe, avvelenatrici, assassine: donne a giudizio, tra stereotipi culturali e fallacie cognitive*, in FORTI - MAZZUCATO - VISCONTI, *Giustizia e letteratura II*, pp. 387 ss.

⁵ Cfr. ad es. G. FORTI, *Franz Kafka e l’impazienza del diritto*, in FORTI - MAZZUCATO - VISCONTI, *Giustizia e letteratura II*, pp. 286 ss., e ivi anche B. SPRICIGO, *La narrazione delle donne come via di (ri)composizione in risposta alla violenza degli oppressori. Silenzi e voci dall’Argentina*, pp. 777 ss. Più ampiamente si vedano, *ex plurimis*, R. WEST, *Communities, Texts, and Law: Reflections on the Law and Literature Movement*, «Yale Journal of Law & the Humanities», 1988, 1, pp. 129 ss.; P. BROOKS - P. GEWIRTZ (eds.), *Law’s Stories. Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven-London 1996.

⁶ Cfr. in particolare C. MAZZUCATO, *La ‘poesia della verità’ nella ricerca della giustizia. Poesia, parresia, esemplarità, giustizia*, in FORTI - MAZZUCATO - VISCONTI, *Giustizia e letteratura I*, pp. 507 ss.; L. EUSEBI, *«I promessi sposi»: quasi un codice della giustizia riparativa*, in FORTI - MAZZUCATO - VISCONTI, *Giustizia e letteratura II*, pp. 55 ss.; ID., *Hugo e Dumas: il ‘fil rouge’ di una giustizia ‘diversa’ nella cultura europea*, in FORTI - MAZZUCATO - VISCONTI, *Giustizia e letteratura III*, pp. 260 ss.

⁷ Cfr. ad es. G. FORTI, *Uno sguardo dal ‘ponte’. «I turbamenti del giovane Törless» tra letteratura e diritto*, in FORTI - MAZZUCATO - VISCONTI, *Giustizia e letteratura I*, pp. 212 ss.; ID., *L’ansia disumana del «raggiungimento»*, in FORTI - MAZZUCATO - VISCONTI, *Giustizia e letteratura II*, 794 ss.

‘tardo moderno’⁸; né ci si propone, dunque, una riflessione critica sulla necessaria evoluzione di strategie politico-criminali che vogliano intervenire in maniera efficace sulla loro repressione e, prima ancora, prevenzione⁹. Per quanto certamente interessante, si tratta, a ben vedere, di un profilo che rimane strettamente intrecciato alla capacità della letteratura di spezzare ‘lenti’ interpretative consolidate e aprire squarci prospettici diversi, innovativi e rivelatori, sulla realtà in cui siamo immersi.

Ciò che interessa in questa sede è invece valorizzare la più elementare capacità *descrittiva* della letteratura: il testo letterario come fonte – analoga in questo a molte altre fonti documentali di natura assai diversa¹⁰ – di una *raffigurazione* pregnante ma *non necessariamente critica* (e anzi, ai nostri fini attuali, quanto meno critica, tanto più interessante) di un dato contesto storico, sociale, economico, culturale, ecc.

Questa componente descrittiva del testo (anche) letterario si rivelerà utile essenzialmente sotto due profili. In primis per il suo potenziale di *relativizzazione* delle differenze percepite tra contesti diversi (sul piano diacronico, nella prospettiva qui considerata)¹¹: la letteratura, cioè, come

⁸ Cfr. in part. S. MILGRAM, *Obbedienza all'autorità* (1974), trad. it. di R. Ballabeni, Torino 2003, pp. 140-142; P. ZIMBARDO, *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?* (2007), trad. it. di M. Botto, Milano 2008, pp. 317-345; si veda anche Z. BAUMAN, *Modernità e Olocausto* (1989), trad. it. di M. Baldini, Bologna 1992, pp. 123 ss. e 211 ss.

⁹ Cfr. ad es. A. VISCONTI, «*Stupidità del male*» e «*intelligenza delle emozioni*»: *compassione, pensiero e memoria come antidoti al male organizzato*, in FORTI - MAZZUCATO - VISCONTI, *Giustizia e letteratura I*, pp. 368 ss.

¹⁰ Secondo un approccio che è del resto da tempo praticato sia dagli storici sia dai sociologi. In tale ultimo ambito sia un esempio, tra i molti, il noto saggio di E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza* (1961), trad. it. di F. Basaglia, Torino 2003, che trae alimento non solo dall'osservazione diretta delle istituzioni totali oggetto di studio, ma anche dall'analisi di moltissimi testi letterari maturati nello stesso tipo di contesto. Anche in ambito più strettamente storiografico, la letteratura può rivestire un'importanza fondamentale nella ricostruzione, in particolare, dell'evoluzione di fenomeni di costume: si veda ad es. il recente saggio di A. BARBERO, *A che ora si mangia? Approssimazioni storico-linguistiche all'orario dei pasti (secoli xviii-xxi)*, Macerata 2017.

¹¹ Ma discorso in parte analogo si potrebbe almeno in parte svolgere anche in prospettiva sincronica, rispetto a contesti culturali coesistenti: basti pensare a fenomeni sociali (di rilevanza anche giuridica) come il c.d. ‘delitto d'onore’, che si ripropone trasversalmente – e sia pure con indubbe diversità nelle sue specifiche declinazioni – in contesti culturalmente e geograficamente (oltre che, talora, anche cronologicamente) assai distanti tra loro, sulla base, però, di alcune dinamiche sociali fondamentali sostanzialmente comuni. Cfr. per tutti G. FIUME (a cura di), *Onore e storia nelle società mediterranee*, Palermo 1989, e ivi in part. EAD., *Introduzione*, pp. 5 ss., nonché S. FERCHIOU, *L'ideologia arabo-musulmana della sessualità e il sentimento dell'onore in Tunisia*, pp. 85 ss., G. ALESSI, *L'onore riparato. Il riformismo del Settecento e le “ridicole leggi” contro lo stupro*, pp. 129 ss., e G. RAFFAELE, *Il concetto di onore in alcune tipologie criminali nella Sicilia rurale dell'Ottocento*, pp. 207 ss.; si vedano inoltre J. DAVIS, *Antropologia delle società mediterranee. Un'analisi comparata*

contribuito alla comprensione dei fenomeni sociali, in particolare, come *fenomeni in costante evoluzione*, dove anche i semi della più eclatante ‘rivoluzione’ sono sempre presenti, a ben guardare, in epoche precedenti e in cui differenze percepite come nette e dirimenti sono spesso gradienti diversi in una parabola di cui può talora rivelarsi del tutto impossibile individuare un puntuale momento genetico, come pure un completo esaurimento.

Con la necessaria precisazione che un approccio di questo tipo *non* è certamente finalizzato a una *negazione* della differenza e della sua rilevanza, sia in termini di (spesso dolorosa e conflittuale) irriducibilità, sia in termini di valore positivo per una società aperta e pluralista; né a un approdo di tipo eminentemente relativistico sul piano valoriale¹². Al contrario, coltivare una esplorazione ‘letteraria’ della *somiglianza* e della *continuità* si dimostrerà funzionale a sviluppare una migliore *consapevolezza critica* dell’intrinseca *ambivalenza* di ogni processo di differenziazione concettuale, e dei rischi di ‘cecità selettiva’, quando non di ‘disumanizzazione’, legati a ogni facile ‘compartimentalizzazione’ sotto *etichette* ben definite, tanto rassicuranti quanto deleterie, dell’infinita complessità e fluidità dell’umano¹³.

(1977), trad. it. di M. Trucchi, Torino 1980, pp. 88 ss.; T. PADOVANI, *I delitti nelle relazioni private*, in *Storia d'Italia Einaudi. Annali: la criminalità*, vol. XII, Torino 1997, pp. 219 ss.; L. WELCHMAN - S. HOSSAIN (eds.), *Honour: Crimes, Paradigms and Violence against Women*, London 2005, e ivi in part. S. PIMENTAL - V. PANDJIARJIAN - J. BELLOQUE, *Legitimate Defence of Honour: Illegitimate Impunity of Murders. A Critical Study of the Legislation and Case Law in Latin America*, pp. 245 ss.; P. CHESLER, *Worldwide Trends in Honor Killings*, «Middle East Quarterly», 17, (2010) 2, pp. 3 ss.; K.A. APPIAH, *Il codice d'onore. Come cambia la morale* (2010), trad. it. di D. Damiani, Milano 2011, pp. 121 ss. Per ulteriori riferimenti ci si permette di rinviare a A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino 2018, in part. pp. 247 ss.

¹² Che la prospettiva giusletteraria sia anzi propedeutica allo sviluppo di una metodologia che consenta di ricavare per lo meno *in negativo* i contenuti *minimi universali* di un’idea di giustizia non ‘ideologica’, ma al tempo stesso in grado di garantire un fondamentale standard comune di riconoscimento e rispetto per ogni essere umano in quanto tale si è infatti ampiamente sostenuto altrove: cfr., anche per tutti gli opportuni riferimenti, A. VISCONTI, *Memoria e comprensione dell’‘altro’ tra difesa sociale e garanzie individuali: la prospettiva giusletteraria per un diritto penale democratico*, «Jus», 2017, 1, pp. 35 ss.

¹³ Cfr. per tutti M. BENASAYAG - G. SCHMIT, *L’epoca delle passioni tristi* (2003), trad. it. di E. Missana, Milano 2005, p. 75: il «miracolo dell’etichetta» consiste proprio nell’illusione di conoscenza totale e assoluta che questa trasmette, nell’«impressione», da questa convogliata, «che l’essenza dell’altro sia visibile. A quel punto, l’altro non è più una molteplicità contraddittoria che esiste in un gioco di luci e di ombre, di velato e svelato, ma diventa immediatamente visibile e riconoscibile. Si è convinti [...] di sapere tutto sull’altro, chi è, cosa desidera e come è strutturata la sua vita, perché l’etichetta non si limita a classificare, ma stabilisce un senso, una sorta di ordine nella vita di chi la porta. [...] Il diritto di guardare equivale in molti casi all’esercizio di un potere sull’altro».

In secondo luogo, e in stretta correlazione con tale primo spunto di riflessione, proprio laddove emerga un'incapacità della letteratura stessa di svincolarsi dai condizionamenti del suo tempo, questa ci fornisce un'impagabile lezione di *umiltà* e un fortissimo impulso all'*autocritica*. Proprio quei testi o passi letterari che un certo orientamento di esasperata *political-correctness* vorrebbe espungere dai *curricula* scolastici e universitari, o almeno 'emendare' in sede di (ri)pubblicazione (in quanto contenenti passaggi, o anche solo vocaboli, potenzialmente 'traumatici' per il lettore, o ritenuti 'diseducativi' perché discriminatori, retrivi, ecc.)¹⁴, presentano in realtà un potenziale euristico di fondamentale importanza.

Si pensi a talune coloriture paternalistiche o 'razzialiste' di certi passi della *Capanna dello zio Tom*¹⁵, o all'implicita accettazione e riproposizione di alcuni stereotipi patriarcali anche in un'autrice acuta e innovativa come Jane Austen¹⁶, o ancora alla persistenza di taluni cliché di origine antisemita anche negli scritti di un paladino degli oppressi come Charles Dickens¹⁷: anche nella

¹⁴ Cfr. ad es. M. KAKUTANI, *Light Out, Huck, They Still Want to Sivilize You*, «The New York Times», 6 gennaio 2011; A. SELK, *The Ironic, Enduring Legacy of Banning 'To Kill a Mockingbird' for Racist Language*, «The Washington Post», 17 ottobre 2017; A. FLOOD, *'Hurtful' Harper Lee and Mark Twain Dropped from Minnesota Curriculum*, «The Guardian», 12 febbraio 2018. Va rilevato, per altro, come tale atteggiamento sia tutt'altro che prevalente nel corpo docente, come si può evincere ad es. da alcuni *position paper* pubblicati da associazioni di categoria quali il National Council of Teachers of English (cfr. NCTE, *The Students' Right to Read*, 25 ottobre 2018, <http://www2.ncte.org/statement/righttoreadguideline/>, ultimo accesso il 21 marzo 2019).

¹⁵ Cfr. ad es. G. FREDERICKSON, *The Black Image in the White Mind: The Debate on Afro-American Character and Destiny, 1817-1914*, New York 1971, in part. pp. 97 ss. (con l'espressione 'razzismo romantico' l'Autore si riferisce alla convinzione, condivisa da vari pensatori dell'epoca, che esistessero identificabili differenze razziali, ma che queste non implicassero una condizione inferiore o meno che umana, in particolare, delle popolazioni di colore, che venivano anzi viste da taluni come portatrici di qualità morali superiori collegate a specifiche tradizioni culturali); J. DONOVAN, *A Source for Stowe's Ideas on Race in "Uncle Tom's Cabin"*, «NWSA Journal», 7 (1995), 3, pp. 24 ss.; si veda anche G. YOUNGE, *Don't Blame Uncle Tom*, «The Guardian», 30 marzo 2002.

¹⁶ Cfr. ad es., con accenti forse eccessivamente critici, S. FRAIMAN, *The Humiliation of Elizabeth Bennet*, in P. YAEGER - B. KOWALESKI - WALLACE (eds.), *Refiguring the Father: New Feminist Readings of Patriarchy*, Carbondale 1989, pp. 168 ss. Fondamentale l'analisi della consapevolezza di Austen circa i vincoli imposti alla sua creatività dalla necessità di mantenere la sua narrativa nei limiti dell'accettabilità sociale, in S.M. GILBERT - S. GUBAR, *The Madwoman in the Attic. The Woman Writer and Nineteenth-Century Literary Imagination*, New Haven-London 2000, pp. 112 ss. (e più in generale pp. 45 ss.).

¹⁷ Le posizioni, in merito a un presunto antisemitismo di Dickens, appaiono estremamente variegata nella critica, spaziando da chi considera soprattutto il personaggio di Fagin in *Oliver Twist* (1837-1839) come un'acritica incarnazione di tutti i pregiudizi contro gli ebrei diffusi in epoca vittoriana, a chi sostiene, al contrario, che la raffigurazione di Fagin sottenda un intento di critica nei confronti dell'emarginazione di tutti gli *outsider* sociali (e dunque anche degli ebrei), con molte posizioni intermedie; una certa misura di adesione, da parte di

migliore letteratura, nessun autore è e sarà mai in grado fino in fondo di 'saltare al di là della propria ombra'. L'unica possibilità sarebbe quella di rimuoverla¹⁸, ma ciò avrebbe conseguenze drammatiche tanto per l'equilibrio individuale, quanto per quello sociale¹⁹. Il «dono rovesciato»²⁰ di *questo aspetto* della letteratura è la rivelazione che neppure il migliore degli uomini può mai sottrarsi completamente allo spirito del tempo in cui vive e liberarsi del tutto dalle relative 'cornici' interpretative²¹.

Come dunque accettiamo che quello stesso Immanuel Kant che ha fondato l'intera riflessione moderna sulla dignità umana sia stato al tempo stesso un convinto fautore, al pari della maggioranza dei suoi contemporanei, della pena di morte in prospettiva retributiva²², dovremmo accettare che anche le più grandi opere letterarie non siano sempre, e in ogni loro passo, in anticipo morale e culturale sui tempi che le hanno viste nascere, e trarre da questa verità un ulteriore stimolo critico: quello a mettere sempre in questione ogni pretesa di bontà e validità assolute degli asserti valoriali del *nostro* tempo e del

Dickens, a stereotipi (anche letterari) diffusi sembra tuttavia innegabile, se non in scritti successivi, quanto meno nella prima edizione di *Oliver Twist*. Cfr. *ex plurimis*, anche per ulteriori riferimenti, L. LANE JR., *Dickens' Archetypal Jew*, «PMLA», 73, (1958) 1, pp. 94 ss.; E. ROSENBERG, *From Shylock to Svengali: Jewish Stereotypes in English Fiction*, Palo Alto 1960, pp. 116 ss.; S. MEYER, *Antisemitism and Social Critique in Dickens's Oliver Twist*, «Victorian Literature and Culture», 33 (2005), 1, pp. 239 ss.; P. VALLEY, *Dickens' Greatest Villain: The Faces of Fagin*, «The Independent», 7 ottobre 2005; V. NEWBY, *The Scriptures of Charles Dickens: Novels of Ideology, Novels of the Self*, Abingdon-New York 2016, pp. 100 ss.

¹⁸ Così, in riferimento alla filosofia di Hegel, cfr. M. HEIDEGGER, *Die Frage nach dem Ding*, Tübingen 1962, p. 118 (il testo è disponibile anche in versione inglese, col titolo *What is a Thing?*, trad. di W.B. Barton Jr. e V. Deutsch, South Bend 1962, pp. 150 s.).

¹⁹ Cfr. E. NÄGELI, *Il male e il diritto penale* (1966), trad. it. di L. Fornari, in L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano 1989, pp. 57 ss.

²⁰ Proprio come nel racconto di CHARLES DICKENS, *The Haunted Man and the Ghost's Bargain* (1848), cap. III (*The Gift Reversed*), in cui solo dopo aver sperimentato *in negativo* gli effetti devastanti dell'assoluta insensibilità al dolore e alle brutture dell'umanità, inizialmente invocata dal protagonista come una benedizione, questi arriva a comprendere la valenza positiva anche delle esperienze più negative, indispensabili per sviluppare un'autentica capacità di empatia, per frenare le pulsioni egoistiche e antisociali delle persone, e per sviluppare relazioni significative con gli altri – una comprensione, per altro, conquistata al caro prezzo (di grande rilievo simbolico) di alcuni danni *non riparabili* e di una permanente *imperfezione* nel recupero del proprio sé da parte del protagonista.

²¹ Cfr. E. GOFFMAN, *La vita quotidiana come rappresentazione* (1959), trad. it. di M. Ciacci, Bologna 1969, p. 21 ss., e ID., *Frame analysis. L'organizzazione dell'esperienza* (1974), trad. it. di I. Matteucci, Roma 2001, *passim* (e ivi anche I. MATTEUCCI, *Il problema della realtà*, pp. 23 ss.).

²² Cfr. in part. I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. di G. Vidari, Bari 1983, pp. 164-171, nonché, criticamente, M.A. CATTANEO, *Sulla filosofia penale di Kant e di Hegel*, in EUSEBI, *La funzione della pena*, pp. 118 ss.

nostro contesto, specie laddove questi appaiano virare, a loro volta, verso ‘angoli ciechi’ in cui l’‘altro’ scompare, sacrificato all’‘idea’ o al ‘principio’²³.

2. *Diversi ma non troppo: il turista rapinoso, da Goethe e Walpole ai giorni nostri.*

Si sottolinea correttamente come la progressiva emersione del turismo di massa abbia creato problemi sempre più complessi di sostenibilità dal punto di vista sociale, culturale, ambientale, ecc. (con tutte le immaginabili ricadute in termini di regolamentazione e controllo)²⁴. Ed è certamente vero che l’attuale curva di crescita del turismo di massa, che lo rende perfetto «esempio della modernità surriscaldata»²⁵, risulta un fenomeno alieno a epoche – come quella classica, medievale, o della prima modernità – in cui il viaggio per diletto, ove pure fosse praticato, era confinato a pochissimi esponenti delle classi superiori²⁶. Tuttavia, esiste una certa percezione ‘romantica’ diffusa che, anche

²³ Cfr., in questo nostro percorso giusletterario, *ex plurimis*, A. DELL’ASTA, *Dostoevskij e l’al di là della legge e della trasgressione della legge*, in FORTI - MAZZUCATO - VISCONTI, *Giustizia e letteratura I*, pp. 70 ss.; G. FORTI, *L’ansia disumana del «raggiungimento»*, in FORTI - MAZZUCATO - VISCONTI, *Giustizia e letteratura II*, pp. 794 ss.; ID., *Letteratura, educazione ‘morale’ dell’attenzione e residualità della risposta punitiva all’illecito*, in FORTI - MAZZUCATO - VISCONTI, *Giustizia e letteratura III*, pp. 127 ss., e ivi anche A. VISCONTI, *Giudici ‘di carta’ e giudici ‘di ferro’. L’immagine della giustizia amministrata nella letteratura ottocentesca*, pp. 229 ss. (in part. pp. 245 ss.) e A. CATTANEO, *Jekyll, Hyde e l’altro*, pp. 398 ss.

²⁴ Cfr. ad es. M. FAURE - NI KETUT SUPASTI DHARMAWAN - I MADE BUDI ARSIKA (eds.), *Sustainable Tourism and Law*, The Hague 2014, in part. pp. 1 s. e 325 ss. Cfr. anche G. LUCARNO, *Turismo sostenibile: buone e cattive pratiche nella conservazione di territorio e patrimonio culturale*, relazione presentata al convegno *Esodi e viaggi (in)sostenibili*, Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore, 11 aprile 2019.

²⁵ Cfr. T.H. ERIKSEN, *Fuori controllo. Un’antropologia del cambiamento accelerato* (2016), trad. it. di C. Melloni, Torino 2017, pp. 80 ss. (citazione testuale a p. 85).

²⁶ L’epoca classica conosce, oltre a figure di viaggiatore mosse da intenti più spiccatamente pratici o religiosi (commercio, colonizzazione, conquista, diplomazia, pellegrinaggio), la pratica delle élite aristocratiche e mercantili di ‘villeggiare’ in dimore extraurbane strategicamente costruite in località particolarmente apprezzate per la loro bellezza, salubrità e, spesso, ricchezza culturale, ma anche la figura del «viaggiatore-scienziato», che si sposta perché «vuole conoscere gli uomini e le loro culture»; nel tardo medioevo compare, tra agli altri, il viaggio «cortese», che si lega ai cerimoniali e agli scambi aristocratici e presenta una componente di diletto; ma è con l’umanesimo rinascimentale che «il viaggio si laicizza e si individualizza», aprendo la via al viaggio aristocratico e borghese di formazione che si andrà poi ‘istituzionalizzando’ nel *Grand Tour*, e quindi al «turismo» e al «viaggio d’evasione» per lo meno degli strati superiori della società. Cfr. F. CAMBI, *Il viaggio come esperienza di formazione. Tra diacronia e sincronia*, «Studi sulla Formazione/Open Journal of Education», 2012, pp. 152-154 (<http://www.fupress.net/index.php/sf/article/viewFile/11112-/10574>, ultimo accesso il 23 marzo 2019).

alla fine del XVIII secolo e nel corso del XIX, il c.d. *Grand Tour*, ancora decisamente elitario, fosse per definizione *immune* da problemi di ‘sostenibilità’, e si connotasse per un approccio volto a «nutrire la memoria e lo spirito» e a tracciare un «itinerario di formazione dell’io»²⁷, intrinsecamente più attento, curioso, profondo, rispetto a quello del turista medio odierno.

È certamente vero che un tale approccio era qualificante per molti di coloro che lo intraprendevano, per i quali il viaggio fisico era essenzialmente e prima di tutto ‘viaggio di formazione’, di esplorazione e conoscenza tanto del passato (specialmente classico) quanto del contemporaneo (anche sociale)²⁸. Nondimeno, proprio una frequentazione della letteratura prolificamente prodotta dai ‘granturisti’ dell’epoca segnala di per sé quanto riduttiva e fuorviante sia una contrapposizione netta tra (una valutazione essenzialmente positiva del) turismo d’élite di allora e (una, se non intrinsecamente negativa, quanto meno preoccupata e critica del) turismo di massa odierno. Anche in questo ambito, la realtà sociale si presenta piuttosto come una successione tra gradienti diversi di fenomeni dalle radici assai più lontane di quanto si pensi abitualmente.

Le considerazioni auto-deprecatorie che un maturo Vittorio Alfieri svolge, nella *Vita*²⁹, sui suoi viaggi di gioventù (compiuti poco oltre la metà del XVIII secolo) mostrano quanto fosse tutt’altro che infrequente (e anzi consono a un certo spirito libertino del tempo), per la ‘gioventù dorata’ dell’epoca, intraprendere il ‘grande viaggio’ attratta più dal «moto e divagazione di correr la posta»³⁰ e dal gusto di inseguire le sensazioni e gli svaghi offerti ora dal carnevale napoletano³¹, ora dai teatri e dalle feste della fiera dell’Ascensione di Venezia³², ora dai «combattimenti a timonate» coi cocchieri londinesi³³, ora

²⁷ Cfr. CAMBI, *Il viaggio come esperienza di formazione*, pp. 159 s.

²⁸ *Ibi*, pp. 156 ss.

²⁹ Composta in due fasi, rispettivamente nel 1790 e poi nel 1803, l’autobiografia rimase incompiuta alla morte del poeta, nello stesso anno, e fu pubblicata postuma solo nel 1806 col titolo *Vita di Vittorio Alfieri scritta da esso*. L’edizione qui presa a riferimento è V. ALFIERI, *Vita*, a cura di A. Dolfi, Milano 1987.

³⁰ *Ibi*, pp. 173 s.

³¹ *Ibi*, pp. 102 s.

³² *Ibi*, pp. 107 ss. Osserva l’Alfieri del 1790: «Non visitai neppure la decima parte delle tante meraviglie, sí di pittura che d’architettura e scoltura, riunite tutte in Venezia; basti dire con mio infinito rossore, che né pure l’Arsenale. Non presi nessunissima notizia, anco delle più alla grossa, su quel governo che in ogni cosa differisce da ogni altro; e che, se non buono, dee riputarsi almen raro, poiché pure per tanti secoli ha sussistito con tanto lustro, prosperità, e quiete. Ma io, digiuno sempre d’ogni bell’arte turpemente vegetava, e non altro. Finalmente partii di Venezia al solito con mille volte assai maggior gusto che non c’era arrivato. Giunto a Padova, ella mi spiace molto; non vi conobbi nessuno dei tanti professori di vaglia, i quali desiderai poi di conoscere molti anni dopo; anzi, allora al solo nome di professori, di studio, e

dalle 'signorine' gaditane³⁴, che non da autentico interesse per la storia, l'arte e i costumi dei luoghi (più che visitati) attraversati «in fretta in furia»³⁵ da questi 'consumatori' di fugaci impressioni e divertimenti.

Ma anche granturisti meno 'distratti' e, anzi, autenticamente e consapevolmente interessati alla propria formazione culturale, umana e morale, non erano, spesso, esenti da atteggiamenti, se non propriamente 'predatori', certo 'appropriativi', dall'impatto non necessariamente positivo sui territori da loro visitati³⁶.

Ben conosciuta è, ad esempio, la passione di Byron per 'marchiare' i monumenti da lui visitati incidendovi il suo nome, come fece (non diversamente, per altro, da dozzine di viaggiatori suoi contemporanei)³⁷ su un pilastro del tempio di Poseidone a capo Sounion, in Grecia, o nel castello di Chillon, in Svizzera³⁸. Una forma di autoaffermazione a spese dell'integrità dei beni storico-artistici locali che risulta parte, tristemente familiare, del costume di moltissimi turisti odierni³⁹. Il poeta, tuttavia, era certamente in anticipo sui

di Università, io mi sentiva rabbrivire. Non mi ricordai (anzi neppure lo sapeva) che poche miglia distante da Padova giacevano le ossa del nostro gran luminare secondo, il Petrarca; e che m'importava egli di lui, io che mai non l'aveva né letto, né inteso, né sentito, ma appena appena preso fra le mani talvolta, e non v'intendendo nulla buttatolo? Perpetuamente così spronato e incalzato dalla noia e dall'ozio, passai Vicenza, Verona, Mantova, Milano, e in fretta in furia mi ridussi in Genova».

³³ *Ibi*, p. 118.

³⁴ *Ibi*, p. 162.

³⁵ V. *supra* nota 32.

³⁶ La consapevolezza della 'fame' di 'cose antiche' dei visitatori stranieri in Italia pare fosse diffusa in tutti gli strati, anche più umili, delle popolazioni residenti nelle aree più interessate dal fenomeno, come ad es. Roma e dintorni, tanto che queste organizzavano sistematicamente delle 'burle' (quando non delle frodi: v. *infra*) ai danni dei 'granturisti', come raccontato anche da Goethe nel suo *Italienische Reise* (1816-1817): «Mentre, scesi di carrozza, andavamo alla locanda, alcune donne sedute davanti alle porte di casa ci gridarono se non avevamo voglia di comprare anche noi qualche antichità, e poiché rispondestmo che non chiedevamo di meglio, ci portarono vecchi paioli, molle da focolare e altre misere carabattole; e ridevano di gran gusto per averci giocato quel tiro. Noi reagimmo indignati, ma il conduttore aggiustò tutto assicurandoci che si trattava di un vecchio scherzo, al quale tutti i forestieri dovevano pagar tributo» (Velletri, 22 febbraio 1787; l'edizione qui presa a riferimento è J.W. GOETHE, *Viaggio in Italia*, trad. it. di E. Castellani, Milano 1983, passo citato a p. 198).

³⁷ In tema si veda ampiamente F. McDONALD, *The Popular History of Graffiti: From the Ancient World to the Present*, New York 2013, pp. 57 ss.

³⁸ Cfr. anche F.G., *Lord Byron a 230 anni dalla nascita*, «La Stampa», 21 gennaio 2018.

³⁹ Solo per limitarsi alle più recenti notizie di stampa relative a un singolo monumento italiano cfr. ad es. L. LARCAN, *Sfregio al Colosseo, turista incide nomi di moglie e figlio su un pilastro: denunciato*, «Il Messaggero», 11 aprile 2017; *Colosseo, turista brasiliano 17enne incide l'iniziale sul muro: denunciato*, «Corriere della Sera», 16 luglio 2018; *Roma, incide il suo nome sul Colosseo: denunciata turista inglese di 17 anni*, «Il Mattino», 13 novembre 2018.

tempi rispetto a un'altra 'moda' assai diffusa tra i 'granturisti', tanto da essere altrettanto noto per la sua feroce critica⁴⁰ della rimozione (per quanto perfettamente legale) dei marmi del Partenone a opera di Lord Elgin⁴¹; coerentemente, a differenza della quasi totalità dei suoi contemporanei (inclusi vari altri critici di Elgin), non riportò dai suoi viaggi una raccolta di reperti archeologici⁴², e anzi si espresse con forza contro la «maligna devastazione» recata ai monumenti antichi dalle spoliazioni intese ad alimentare il collezionismo dell'epoca⁴³.

Queste ultime costituivano però prassi comune, e anzi pacificamente accessoria al *Grand Tour* quale viaggio di formazione, tra l'altro, della cultura e del gusto dei giovani aristocratici e borghesi. Si ritrovano ad esempio elencati

⁴⁰ Si vedano G. GORDON, LORD BYRON, *The Curse of Minerva* (1812), in part. vv. 89 ss.; ID., *Childe Harold's Pilgrimage* (1812-1818), Canto II, stanze XI-XV. Cfr. anche R. ATWOOD, *Stealing History. Tomb Raiders, Smugglers, and the Looting of the Ancient World*, New York 2004, pp. 131 ss. e in part. 135-138.

⁴¹ Come è noto, Thomas Bruce, Lord Elgin, ottenne nel 1799 dal governo ottomano, che all'epoca controllava il territorio greco ed era totalmente disinteressato ai monumenti dell'antichità classica, un decreto – *firman* – che gli consentì l'asportazione dei fregi del Partenone e il loro trasporto in Inghilterra, dove furono quindi donati al British Museum. Cfr. *ex plurimis* J. GREENFIELD, *The Return of Cultural Treasures*, Cambridge 1989, pp. 61 ss.; J. BOARDMAN, *The Elgin Marbles: Matters of Fact and Opinion*, «International Journal of Cultural Property», 9 (2000), 2, pp. 233 ss.; D. GILL - C. CHIPPINDALE, *The Trade in Looted Antiquities and the Return of Cultural Property: A British Parliamentary Inquiry*, «International Journal of Cultural Property», 11 (2002), 1, pp. 50 ss. (in part. pp. 57-59); ATWOOD, *Stealing History*, pp. 131 ss.; I. STAMATOUDI, *Alternative Dispute Resolution and Insights on Cases of Greek Cultural Property: The J.P. Getty Case, the Leon Levy and Shelby White Case, and the Parthenon Marbles Case*, «International Journal of Cultural Property», 23 (2016), 4, pp. 433 ss. (in part. pp. 447-451).

⁴² Cfr. ATWOOD, *Stealing History*, p. 137.

⁴³ Cfr. G. GORDON, LORD BYRON, *Childe' Harold's Pilgrimage*, nota al Canto II, stanza XII, v. 2. Si rinviene, in questa presa di posizione, un'almeno seminale consapevolezza, tipica della più moderna concezione del valore del patrimonio culturale, di come parte integrante, ed estremamente rilevante, del valore storico, artistico e antropologico di ogni opera d'arte sia l'integrità del suo contesto (cfr. ATWOOD, *Stealing History*, p. 137). Consapevolezza che, per altro, era già stata articolata in epoca illuministica, in particolare da ANTOINE-CHRYSTOSTOME QUATREMERE DE QUINCY, *Lettres sur le préjudice qu'occasionneroient sur Arts et à la Science, le déplacement des monumens de l'art de l'Italie, le démembrement de ses Écoles, et la spoliation de ses Collections, Galeries, Musées, etc.* (1796). Antonio Canova conosceva bene quest'opera, di cui portò con sé un'edizione romana del 1815 nel corso della sua missione diplomatica a Parigi per il recupero delle opere d'arte saccheggiate da Napoleone nel corso delle sue campagne italiane: cfr. T. SCOVAZZI, *La dimensione internazionale della tutela. Principi etici e norme giuridiche in materia di restituzione dei beni culturali*, in S. MANACORDA - A. VISCONTI (a cura di), *Beni culturali e sistema penale*, Milano 2013, pp. 72-75.

nella *Descrizione di Strawberry Hill*⁴⁴, la nota villa-museo, in stile ‘neogotico’, di Horace Walpole – appassionato visitatore dell’Italia⁴⁵, tanto da ambientarvi il suo famoso romanzo, *Il castello di Otranto* (1764), ma ancor più appassionato collezionista d’arte e di antichità⁴⁶ – moltissimi reperti archeologici provenienti dal nostro paese, tra cui (forse il più notevole) un’aquila di marmo, di grande finezza, ritrovata nell’area delle terme di Caracalla, a Roma, nel 1742, e collocata da Walpole su un «bell’altare sepolcrale antico, a sua volta adorno di aquile»⁴⁷.

Anche Goethe era un appassionato collezionista, sia per conto proprio (tanto da assemblare nel corso della sua vita una raccolta personale di decine di migliaia di oggetti)⁴⁸, sia per conto del duca di Sachsen-Weimar⁴⁹, per il quale mediò, tra l’altro, l’acquisto e il trasporto in Germania di parte significativa dell’eredità del pittore Giuseppe Bossi, che fu già all’epoca avvertita come una dolorosa perdita per il patrimonio artistico milanese e italiano, anche per il fresco e traumatico ricordo delle estese requisizioni napoleoniche⁵⁰. Al di là di queste acquisizioni massicce ma prive di ombre di illiceità, però, lo stesso Goethe documenta poi nel suo diario di aver comprato, nel corso del suo

⁴⁴ Cfr. H. WALPOLE, *A Description of the Villa of Mr. Horace Walpole, Youngest Son of Sir Robert Walpole Earl of Orford, at Strawberry-Hill near Twickenham, Middlesex: With an Inventory of the Furniture, Pictures, Curiosities, &c* (1784).

⁴⁵ Walpole intraprese il suo *Grand Tour* in Francia e Italia tra il 1739 e il 1741: cfr. G.E. HAGGERTY, *Horace Walpole’s Letters: Masculinity and Friendship in the Eighteenth Century*, Lanham 2011, pp. 53 ss.

⁴⁶ Cfr. W.S. LEWIS, *Horace Walpole, Collector*, «Proceedings of the Massachusetts Historical Society. Third Series», 1980, 92, pp. 45 ss.

⁴⁷ Cfr. WALPOLE, *A Description of the Villa, The Gallery, East End*.

⁴⁸ Tra i quali, va detto, reperti e opere d’arte originali erano una minima parte: la collezione includeva infatti, alla morte del poeta, molti quadri e statue, ma soprattutto oltre 9.000 stampe e riproduzioni, una gipsoteca di circa 4.500 pezzi, 8.000 libri, 341 casse di manoscritti, e un intero padiglione destinato alla sua collezione di strumenti scientifici e reperti ossei, botanici e mineralogici, per un totale di circa 18.000 esemplari. Cfr. E. TRUNZ, *Goethe als Sammler*, in ID., *Weimarer Goethe-Studien, Schriften der Goethe-Gesellschaft*, vol. 61, Weimar 1980, pp. 7-48, come citato in E.P. HAMM, *Unpacking Goethe’s Collections: The Public and the Private in Natural-Historical Collecting*, «The British Journal for the History of Science», 34 (2001), 3, pp. 275 ss. (in part. pp. 275-277).

⁴⁹ Cfr. anche H. MILDENBERGER, *Le collezioni grafiche della Casa Ducale di Sachsen-Weimar-Eisenach*, in ID. (a cura di), *Goethe collezionista e il disegno veneto del Settecento*, trad. it. di P. Scotini, Milano 2009, pp. 12-20.

⁵⁰ Cfr. S. ZANABONI, *Gli acquisti del granduca Carl August di Sassonia-Weimar a Milano nel 1817-1818. Giuseppe Bossi a Weimar e la ricezione successiva*, in F. MAZZOCCA - F. TASSO - O. CUCCINIELLO (a cura di), *Bossi e Goethe: affinità elettive nel segno di Leonardo*, Milano 2016, p. 68.

viaggio a Roma, oltre a molte copie e riproduzioni, pure alcuni oggetti originali recuperati e rivenduti con molta 'disinvoltura' a seguito di scoperte casuali⁵¹.

Della già richiamata collezione di Walpole (dispersa dopo la sua morte) faceva poi parte anche un affresco 'di epoca romana' recentemente riemerso sul mercato e rivelatosi, in realtà, quasi interamente un falso settecentesco⁵² (secondo una prassi documentata dallo stesso Goethe nel suo *Viaggio in Italia*)⁵³, dipinto a olio su un residuo di stucco antico in una delle miriadi di laboratori e botteghe che spuntavano come funghi per soddisfare il sempre più vorace appetito dei 'granturisti', bramosi di riportare dal loro viaggio qualche 'tesoro' artistico o antiquario.

Tanto fiorente era il mercato di questi particolari 'souvenir', che, già nella prima metà del Settecento, molti dei 'ciceroni' specializzati nel guidare i visitatori stranieri conducevano un commercio parallelo di antichità, spesso

⁵¹ «A Trinità dei Monti stanno scavando per gettare la base del nuovo obelisco; lassù il terreno non è che materiale riportato dalle rovine dei giardini appartenuti a Lucullo e poi di proprietà dei Cesari. Il mio parrucchiere, che passa di là di buon'ora, trova fra le macerie un pezzo di terracotta liscia adorno di figure, lo ripulisce e ce lo mostra. Io glielo compro all'istante. Non misura neppure una spanna, lo si direbbe un frammento del bordo d'una grande tazza. Rappresenta due grifoni ai lati d'una mensa sacrificale; sono disegnati benissimo e mi piacciono infinitamente. [...] Moltri altri oggetti mi si vanno raccogliendo intorno, e nessuno è inutile e sciocco, ché qui sarebbe impossibile; ciascuno anzi è istruttivo e rilevante». Cfr. GOETHE, *Viaggio in Italia*, p. 187 (13 febbraio 1787).

⁵² Cfr. M. KENNEDY, *Roman Wall Painting Resurfaces after almost 200 Years*, «The Guardian», 30 giugno 2018. Per l'esattezza, lo stucco originario è stato pesantemente integrato, la parte superiore dell'affresco è stata ridipinta a olio sopra debolissime tracce di una decorazione originaria, e un'intera scena, nella parte inferiore del reperto, risulta aggiunta di sana pianta. L'oggetto (presentato in catalogo da Sotheby's come «frammento di pittura romana su stucco, II secolo d.C. circa, con restauri italiani della prima metà del XVIII secolo») ha comunque spuntato un prezzo di vendita, in asta, di 16.250 £, in ragione della ben documentata connessione storico-letteraria con Walpole, più che del suo valore intrinseco (pressoché nullo). V. anche <http://www.sothebys.com/en/auctions/ecatalogue/2-018/ancient-marbles-classical-sculpture-and-l18260/lot.45.html> (ultimo accesso il 24 marzo 2019).

⁵³ V. *supra*, nota 36. L'episodio è riferito il 18 novembre 1786 (cfr. GOETHE, *Viaggio in Italia*, p. 153): «Ma ora voglio parlare di un sorprendente e problematico quadro, che si lascia guardare benissimo anche dopo che si son viste tante meraviglie. Diversi anni fa dimorava qui a Roma un francese, noto come amatore d'arte e collezionista. Costui viene in possesso, non si sa in che modo, d'un dipinto antico su ardesia; lo fa restaurare da Mengs e lo conserva, come esemplare prezioso, nella sua collezione. Winckelmann, in qualche suo scritto, lo cita con entusiasmo. Rappresenta Ganimede che porge a Giove una coppa di vino e ne riceve in compenso un bacio. Il francese, alla sua morte, lascia alla padrona di casa il quadro, dichiarandolo opera antica. Poi muore anche Mengs, e sul letto di morte dice che non è antico e che l'ha dipinto lui stesso. Ne seguono diatribe a non finire. Chi afferma che è stato Mengs a dipingerlo per divertimento e senza impegno, chi dice che Mengs non avrebbe mai potuto fare qualcosa di simile [...]. Io l'ho veduto ieri e debbo dire che non conosco nulla di più bello della figura di Ganimede (la testa e la schiena; le altre parti sono molto restaurate). Ora però il quadro è screditato, e quella povera donna non trova chi la liberi del suo tesoro».

organizzato sotto la direzione di mercanti-collezionisti stranieri (inglesi *in primis*), e alimentato vigorosamente sia attraverso scavi più o meno clandestini, sia attraverso la produzione organizzata di repliche o il ‘restauro’ di oggetti (o frammenti) originali ora venduti dichiaratamente come tali, ora (più spesso) spacciati per autentici o, quanto meno, ‘più autentici’ di quanto non fossero⁵⁴. Prassi che, anche tenuto conto dell’assai diversa concezione del restauro tipica dell’epoca⁵⁵, e dell’assenza di una legislazione sistematica, nei

⁵⁴ Cfr. AA.VV., *Faking in Europe from the Renaissance to the 18th Century*, in M. JONES - P.T. CRADDOCK - N. BARKER (eds.), *Fake? The Art of Deception*, Berkley-Los Angeles 1990, pp. 119 ss., in part. G. VAUGHAN, *Faking in Europe*, p. 132.

⁵⁵ Che indubbiamente privilegiava l’aspetto estetico su quello storico-antropologico e sull’autenticità in sé, tanto che forme di restauro integrativo che ripristinassero, con modalità quanto più possibile ‘mimetiche’, il (presunto) aspetto originale dei manufatti erano considerate perfettamente accettabili. Anche allora, tuttavia, vi era la consapevolezza che un restauro ‘eccessivo’ – come ad es. la sostanziale costruzione di un ‘nuovo’ oggetto attorno a minimi frammenti originali – specie ove non dichiarato, costituisse pratica commerciale come minimo scorretta, se non fraudolenta; per altro, i commercianti di antichità decidevano, abitualmente, quanto rivelare circa il grado di originalità della loro merce sulla base di un rapido inquadramento della competenza del cliente cui si rivolgevano. Cfr. VAUGHAN, *Faking in Europe*, pp. 132-134; P. CRADDOCK (ed.), *The Art and Craft of Faking: Copying, Embellishing and Transforming*, in JONES - CRADDOCK - BARKER, *Fake? The Art of Deception*, pp. 247 ss.; M. CAGIANO DE AZEVEDO, *Il gusto del restauro delle opere d’arte antiche*, Roma 1948, pp. 25 ss.; M. FERRETTI, *Falsi e tradizione artistica*, in AA.VV., *Storia dell’arte italiana. Parte terza: situazioni momenti indagini. Volume terzo: conservazione, falso, restauro*, Torino 1981, pp. 118 ss. e in part. pp. 160-163; P. PANZA, *Antichità e restauro nell’Italia del Settecento: dal ripristino alla conservazione delle opere d’arte*, Milano 1990, *passim*; L. VLAD BORRELLI, *I falsi archeologici*, in L. VLAD BORRELLI - I. DAMIANI - F. SALVIATI - G. ANTONGINI - T. SPINI - C.-F. BAUDEZ - G. DEVOTO, *Il mondo dell’archeologia*, Roma 2002 (ora anche in http://www.treccani.it/enciclopedia/la-falsificazione-in-archeologia_%28Il-Mondo-dell%27Archeologia%29/, ultimo accesso il 24 marzo 2019). La commistione tra restauro e falsificazione non era per altro limitata al settore delle antichità archeologiche, ma interessava anche l’arte rinascimentale e barocca, e conosceva ad es. fenomeni di pesante alterazione dei soggetti dei quadri (tramite taglio, integrazione, sovrappittura) finalizzati a rendere le opere più appetibili per la potenziale clientela (ad es. trasformando un soggetto religioso in laico e viceversa), o a far passare un modesto prodotto di bottega per opera del relativo Maestro (cfr. in part. FERRETTI, *Falsi e tradizione artistica*, pp. 163 ss.). Fenomeni tutt’altro che esauriti in epoca attuale, dove, tra l’altro, tali forme di alterazione sono spesso anche funzionali a una più efficace reimmissione sul mercato di opere illecitamente sottratte: cfr. ad es. COMANDO CARABINIERI TUTELA PATRIMONIO CULTURALE, *Origini, articolazioni, funzioni. Legislazione di tutela*, Roma 2008, pp. 17 s. (<http://www.carabinieri.it/internet/i-magestore/cittadino/informazioni/tutela/culturale/raccolta-normativa.pdf>, ultimo accesso il 24 marzo 2019). È appena il caso di ricordare qui come l’attuale disciplina legislativa italiana, all’art. 178 del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio - CBC), punisca tra le ‘contraffazioni’ penalmente rilevanti anche queste forme di alterazione; per altro verso, il restauro artistico è considerato tale, e dunque lecito, ai sensi del successivo art. 179, solo ove «non abbi[a] ricostruito in modo determinante l’opera originale». Diffusamente in argomento cfr. ad es. F. LEMME, *La contraffazione e alterazione d’opere d’arte nel diritto penale*, Padova 2001, in part. pp. 45 ss.; G.P. DEMURO, *Bei culturali e tecniche di tutela penale*, Milano 2002, pp. 171 ss.; P. CIPOLLA, *La repressione penale della*

vari Stati italiani, a tutela del patrimonio artistico e archeologico locale, si presentano, dal punto di vista strettamente empirico, assai vicine a quelle che tutt'oggi contribuiscono al sistematico saccheggio (e 'inquinamento')⁵⁶ del patrimonio storico-artistico di molti paesi⁵⁷.

Per altro, anche laddove divieti e controlli all'esportazione delle opere d'arte e d'antichità già esistessero all'epoca, la domanda sempre crescente e una corruzione diffusa determinavano una costante quanto agevole emorragia di beni culturali, come osservava lo stesso Goethe rilevando come a Roma, dove per portare all'estero opere antiche era già a quei tempi richiesto il consenso del governo⁵⁸, nondimeno «ci si adopera[va], per vie segrete e con ogni sorta di mezzi, a ottenere caso per caso la concessione necessaria»⁵⁹. Altro fenomeno

falsificazione delle opere d'arte, in A. MANNA (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Gli illeciti penali*, Milano 2005, pp. 263 ss. (in part. pp. 290 ss.); G. PIOLETTI, *Art. 178. Contraffazione di opere d'arte*, e ID., *Art. 179. Casi di non punibilità*, entrambi in M. CAMMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna 2007, pp. 736-744; G. MARI, *Artt. 178-179*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano 2012, pp. 1281 ss.; R. TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici*, Milano 2014, pp. 427 ss.

⁵⁶ Circa la perdurante produzione di falsi a uso turistico, nonché l'altrettanto perdurante abitudine dei trafficanti di beni archeologici di collaborare con restauratori-falsari non solo per il 'riasseblaggio' di beni culturali che spesso vengono inizialmente frammentati, per essere meglio contrabbandati verso mercati più redditizi (rimanendo però sostanzialmente 'originali'), ma anche per la creazione di reperti falsi da inserire tra gli autentici per aumentare i profitti e garantire una disponibilità costante di 'merce' anche in periodi di 'scarsità' di oggetti originali, si vedano ad es. L. MALNATI, *La falsificazione dei reperti archeologici nel commercio clandestino*, in AA.VV., *L'arte non vera non può essere arte*, Roma 2018, pp. 69 ss., e ivi anche E.A. STANCO, *Il falso in archeologia*, pp. 243 ss., e D. CALAON, *Falsi, copie e repliche nel XXI secolo. Idee, materialità e contesti intorno alla contraffazione in archeologia*, pp. 391 ss. (in part. pp. 396 ss.); S. MACKENZIE - T. DAVIS, *Cambodian Statue Trafficking Networks: An Empirical Report from Regional Case Study Fieldwork*, in S. MANACORDA - A. VISCONTI (eds.), *Protecting Cultural Heritage as a Common Good of Humanity: A Challenge for Criminal Justice*, Milano 2014, pp. 149 ss.

⁵⁷ Cfr. U. WARNKE, *'Blood Antiquities': The Problem of Illicit Trafficking for Tourism*, in A. PAPATHANASSIS - S. KATSIOS - N.R. DINU (eds.), *Yellow Tourism. Crime and Corruption in the Holiday Sector*, Cham 2019, pp. 119 ss.; ivi anche K. CHAINOGLU, *Tourism and Trafficking of Cultural Goods: An Overview of Regulatory Initiatives*, pp. 135 ss. L'atteggiamento 'avventato' di molti turisti odierni nell'acquistare, o comunque acquisire, e (cercare di) portare in patria 'souvenir culturali' locali guadagna talora anche le pagine dei giornali: cfr. ad es. *Australian Arrested in Egypt for Trying to Smuggle 2,000-Year-Old Animal Mummies*, «The Daily Mail», 31 dicembre 2008; *Varone bleibt Polizeikommandant*, «Tages Anzeiger», 28 marzo 2013 (il turista 'colto in fallo' era in questo caso un ufficiale di polizia svizzero); K. RAWLINSON, *Briton Arrested in Turkey over Coins He Found while Snorkelling*, «The Guardian», 23 agosto 2017.

⁵⁸ Sulla legislazione degli Stati Pontifici precedente al 1820 cfr. in particolare R. BORIO DI TIGLIOLE, *La legislazione italiana dei beni culturali. Con particolare riferimento ai beni culturali ecclesiastici*, Milano 2018, pp. 3-6.

⁵⁹ Cfr. GOETHE, *Viaggio in Italia*, p. 182 (22 gennaio 1787).

assolutamente attuale, se si considera che recenti studi dedicati all'esplorazione della (rilevantissima) 'cifra oscura' del traffico illecito di beni culturali⁶⁰, hanno, tra l'altro, individuato una correlazione positiva tra tassi di corruzione percepita nei paesi soggetti a esportazione illecita e prevalenza di quest'ultima⁶¹.

Di fatto, fu la dispersione sempre più consistente di opere d'arte e reperti archeologici, legata in modo significativo proprio alle brame di collezionismo del turismo 'elitario' dell'epoca⁶², a contribuire grandemente (insieme al

⁶⁰ Che rende estremamente difficoltosa ogni stima, anche approssimativa, dell'estensione e del valore economico di tale traffico illecito, tanto a livello globale quanto a livello locale. In tema si rinvia, per esigenze di sintesi, *ex plurimis* a L. NATALI, *Patrimonio culturale e immaginazione criminologica. Panorami teorici e metodologici*, in AA.VV., *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Milano 2015, p. 36, e a N. BRODIE - J. DIETZLER - S. MACKENZIE, *Trafficking in Cultural Objects: An Empirical Overview*, in MANACORDA - VISCONTI, *Beni culturali e sistema penale*, pp. 19 ss. Le sole statistiche ufficiali indicano comunque che il numero di beni culturali trafficato annualmente fuori dall'Italia è da conteggiare nell'ordine delle migliaia (cfr. anche S. CIOTTI GALLETTI, *Furti e traffico internazionale di opere d'arte*, «Rassegna italiana di criminologia», 2003, 1, pp. 68 s.; NATALI, *Patrimonio*, pp. 38 ss.; COMANDO CARABINIERI TUTELA PATRIMONIO CULTURALE, *Attività operativa 2017*, Roma 2019, https://www.beniculturali.it/mibac/multimedia/MiBAC/documents/1545381735727_Activita_Operativa_2017.pdf, ultimo accesso il 24 marzo 2019), e l'analisi di singoli casi (come il famoso scandalo Medici-Becchina, su cui cfr. in part. P. WATSON - C. TODESCHINI, *The Medici Conspiracy: The Illicit Journey of Looted Antiquities. From Italy's Tomb Raiders to the World's Greatest Museum*, New York 2007) suggerisce che i numeri reali possano essere ancora più elevati.

⁶¹ Cfr. in particolare R. FISMAN - S.-J. WEI, *The Smuggling of Art, and the Art of Smuggling: Uncovering the Illicit Trade in Cultural Property and Antiques*, «American Economic Journal: Applied Economics», 1 (2009), 3, pp. 82 ss. Un'analisi condotta sugli stessi dati ha calcolato che, specificamente in relazione agli scambi commerciali tra Italia e Stati Uniti (mercato particolarmente vivace per i nostri beni culturali), lo scarto tra beni dichiarati all'esportazione dal nostro paese e quelli dichiarati all'ingresso negli USA (la cui legislazione non richiede, salvo limitate eccezioni, particolari formalità per l'importazione di oggetti d'arte o d'antiquariato) raggiunga circa il 95% del valore dei trasferimenti annuali: cfr. S. BELTRAMETTI, *Il valore del patrimonio culturale fra Italia e Europa. Dati e analisi sul traffico illecito dei beni culturali*, «Aedon», 2013, 1, in <http://www.aedon.mulino.it/> (ultimo accesso il 27 settembre 2018).

⁶² Va ricordato che i viaggiatori più affluenti, come pure gli intermediari, italiani o stranieri, che trattavano per conto di committenti (in genere aristocratici) stranieri, erano in grado di comprare e trasferire all'estero intere collezioni d'arte e d'antichità accumulate nei secoli da importanti famiglie italiane, come avvenne ad es. con la collezione Gonzaga già nel 1627, con un'ampia porzione della pinacoteca estense nel 1745, o con la vendita all'asta, a Londra, della collezione del duca di Lucca nel 1840. Cfr. F. HASKELL, *La dispersione e la conservazione del patrimonio artistico*, in AA.VV., *Storia dell'arte italiana. Conservazione, falso, restauro*, pp. 9 ss.; v. anche D. CORSI, *Diritto dei beni e delle attività culturali*, Roma 2008, pp. 16 s.; J. BLAKE, *International Cultural Heritage Law*, Oxford 2015, p. 3. Tra questi famosi 'collezionisti' va ricordato anche Sir William Hamilton, ambasciatore britannico presso il Re di Napoli dal 1764 al 1800, la cui intensa acquisizione ed esportazione in Inghilterra di

trauma delle spoliazioni avvenute durante le guerre napoleoniche)⁶³ a spingere molti degli Stati preunitari prima, e il Regno d'Italia in seguito, ad adottare una legislazione di almeno parziale regolamentazione, in particolare, degli scavi archeologici e dell'esportazione di beni culturali⁶⁴. Il primo provvedimento organico di protezione del patrimonio storico e artistico di uno Stato italiano è tradizionalmente considerato l'editto del cardinale camerlengo Pacca, del 1820⁶⁵, che, significativamente, indicava tra i motivi alla base della vecchia e nuova legislazione pontificia, la «riunione preziosa» in quel territorio «di sì auguste reliquie delle vetuste Arti» e la necessità di «gelosa cura di quelle che esistono, e che novellamente si dissotterrano» e di «vigili severe provvidenze, perché non si degradino, o si trasportino altrove lontane», onde continuare, tra l'altro, ad attrarre «gli Stranieri ad ammirarle».

A questo editto seguirono iniziative analoghe in molti degli Stati preunitari e, dopo il 1861, un lungo e tormentato iter di unificazione e razionalizzazione delle legislazioni locali, che, dopo aver conosciuto anche sensibili inversioni di tendenza (di impronta spiccatamente liberale) rispetto alle politiche vincolistiche preunitarie⁶⁶, culminò infine, ai primi del Novecento, nella c.d. 'legge Nasi' (l. 12 giugno 1902, n. 185, istitutiva, tra l'altro, di un catalogo nazionale dei «monumenti e degli oggetti d'arte e d'antichità»), a stretto giro emendata e sistematizzata con la c.d. 'legge Rosadi' (l. 20 giugno 1909, n. 364). Entro la prima decade del XX secolo si erano così stabiliti i capisaldi, che avrebbero continuato sostanzialmente a segnare il perimetro fondamentale

reperiti provenienti dalla Sicilia e dall'Italia meridionale è stata paragonata da Blake ai saccheggi dei monumenti della Magna Grecia compiuti da Verre in epoca romana. Cfr. anche N.H. RAMAGE, *Sir William Hamilton as Collector, Exporter, and Dealer: The Acquisition and Dispersal of His Collections*, «American Journal of Archaeology», 94 (1990), 3, pp. 469 ss.; D. CONSTANTINE, *Fields of Fire: A Life of Sir William Hamilton*, London 2001, pp. 32 ss.

⁶³ Cfr. HASKELL, *La dispersione*, pp. 17 ss. Sulle (parziali) restituzioni seguite alla caduta di Napoleone, e su come esse abbiano influenzato l'evoluzione del diritto internazionale in materia di rimpatrio dei beni culturali sottratti (in particolare) in occasione di conflitti armati, si veda SCOVAZZI, *La dimensione internazionale*, pp. 69 ss.

⁶⁴ Cfr. *ex plurimis* CORSI, *Diritto*, pp. 35 ss.; DEMURO, *Beni culturali*, pp. 3 s.; M. AINIS - M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, Milano 2015, pp. 167 ss.

⁶⁵ *Editto Dell'E.mo, e R.mo Sig., Cardinal Pacca Camerengo di S. Chiesa sopra le antichità, e gli scavi*, pubblicato il 7 aprile 1820, e seguito il 6 agosto 1821 dal regolamento emanato dallo stesso cardinale Bartolomeo Pacca. Cfr., oltre agli Autori citati nella nota precedente, BORIO DI TIGLIOLE, *La legislazione italiana*, pp. 6-9.

⁶⁶ Cfr. in part. D.A. FOLIGNO, *Spunti sistematici sulla legislazione protettiva del patrimonio artistico e panoramico*, «Rivista di diritto pubblico», 1948, II, pp. 43 ss.; CORSI, *Diritto*, pp. 39 s.; AINIS - FIORILLO, *L'ordinamento*, pp. 170-174; A. MORRONE, *Elementi di diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Milano 2014, pp. 6-12; BORIO DI TIGLIOLE, *La legislazione italiana*, pp. 11-17.

anche della legislazione successiva⁶⁷ (dalla c.d. ‘legge Bottai’, emanata sotto il regime fascista⁶⁸, al Testo Unico del 1999⁶⁹, e fino all’attuale Codice dei beni culturali⁷⁰, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42), di un’ampia normativa a tutela dell’integrità del patrimonio culturale nazionale (tutela che avrebbe ricevuto nuovo forte impulso dalla costituzionalizzazione, nel 1948, del «patrimonio storico e artistico della nazione» come oggetto di necessaria tutela da parte dello Stato)⁷¹.

⁶⁷ In particolare la L. 364/1909 ha introdotto o sistematizzato i principali meccanismi di tutela tutt’oggi previsti dalla legislazione di settore, ovvero: a) inalienabilità dei beni culturali di proprietà pubblica o assimilata (art. 2); b) proprietà pubblica su tutti i ritrovamenti archeologici, a prescindere dalla titolarità del fondo su cui avvenga il ritrovamento (art. 15); c) controllo e limitazioni all’esportazione di beni culturali (artt. 8-10: all’epoca e ancora, in seguito, nella legge del 1939 – su cui v. *infra* – al divieto di uscita per alcuni beni si accompagnava la previsione di una tassa progressiva sul valore di quelli, non così importanti per l’integrità del patrimonio nazionale, per cui fosse concesso un permesso di esportazione, tassa poi dichiarata incompatibile con l’art. 36 TFUE dalla Corte di Giustizia: cfr. C. Giust. CE, 10 dicembre 1968, *Commissione c. Italia*, caso 7/68), comprensive del diritto di acquisto coattivo, da parte dello Stato, dei beni presentati per l’esportazione (art. 9); d) esenzione da tali restrizioni per l’arte ‘contemporanea’, ovvero per le opere di autore vivente o prodotte entro l’arco di una generazione (allora e fino al 2017, cinquant’anni; oggi, settanta), per le quali si ritiene necessario consentire la più ampia circolazione possibile, onde, da un lato, non creare ostacoli alla libertà di espressione artistica, e dall’altro consentire la maturazione di un sufficiente consenso sul reale valore dell’opera, attraverso la sua valutazione da parte del pubblico e degli esperti anche al di fuori dei confini nazionali (cfr. T. ALIBRANDI - P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano 2001, p. 207; G. BOLDON ZANETTI, *Il nuovo diritto dei beni culturali*, Venezia 2016, p. 60; G. SCIULLO, *Patrimonio e beni*, in C. BARBATI ET AL., *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna 2017, p. 42).

⁶⁸ L. 1 giugno 1939, n. 1089, di «tutela delle cose d’interesse artistico e storico», accompagnata dalla l. 29 giugno 1939, n. 1497, di «protezione delle bellezze naturali». Cfr. in tema DEMURO, *Beni culturali*, p. 4; CORSI, *Diritto*, pp. 40-42; AINIS - FIORILLO, *L’ordinamento*, pp. 174-176; MORRONE, *Elementi*, pp. 12-15; BORIO DI TIGLIOLE, *La legislazione italiana*, pp. 18-21.

⁶⁹ D. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali. Cfr. in tema, ampiamente, DEMURO, *Beni culturali*, pp. 5 ss.; C. BARBATI - M. CAMMELLI - G. SCIULLO (a cura di), *Il diritto dei beni culturali*, Bologna 2003, *passim*; CORSI, *Diritto*, pp. 49-51; AINIS - FIORILLO, *L’ordinamento*, pp. 176-180; MORRONE, *Elementi*, pp. 26-28.

⁷⁰ Sui termini generali della cui struttura, principi di fondo e contenuti si rinvia ampiamente, *ex plurimis*, a AINIS - FIORILLO, *L’ordinamento*, pp. 181 ss.; D. VAIANO, *L’ordinamento dei beni culturali*, in A. CROSETTI - D. VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, Torino 2014, pp. 4 ss.; BORIO DI TIGLIOLE, *La legislazione italiana*, pp. 55 ss.

⁷¹ Art. 9 Cost.: «1. La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. 2. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione». Letti insieme, i due commi dell’art. 9 Cost. implicano un ampliamento dei doveri incombenti sullo Stato italiano, che non si limitano alla conservazione e protezione del patrimonio culturale nazionale (comprensivo, ai sensi dell’art. 2 CBC, tanto dei «beni culturali» quanto dei «beni paesaggistici»), ma si estendono al dovere di promuoverne la valorizzazione e il godimento pubblico. Cfr. *ex plurimis* S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, «Giornale di diritto amministrativo», 1998, pp. 673 ss.; G. SCIULLO, *Le funzioni*, in C.

Eppure, malgrado tale indubbia influenza, sulla nascita del moderno diritto dei beni culturali, di un 'granturismo' già all'epoca eccessivamente 'aggressivo' e 'rapinoso' nei confronti delle ricchezze artistiche e archeologiche dei paesi visitati (e anzi tanto più aggressivo e rapinoso quanto più elitario, in ragione delle grandi risorse disponibili, e di fatto utilizzate, per fare incetta di questi particolari 'souvenir'), ancora oggi il tema della spoliazione dei patrimoni culturali nazionali fatica a essere messo in connessione con quello del 'turismo culturale sostenibile'⁷².

La discussione in merito a quest'ultimo, infatti, tende a concentrarsi sul potenziale conflitto tra sfruttamento economico del patrimonio culturale quale risorsa per l'imprenditorialità turistica, da un lato, e compromissione dell'«utilizzazione sociale dei beni culturali da parte delle popolazioni residenti e la fruizione conoscitiva della ricerca e della scuola», dall'altro, e dunque sul rischio di danni ai «valori ambientali e sociali delle città d'arte e degli altri siti della cultura». In sostanza, anche in questo ambito⁷³, l'analisi si concentra prevalentemente sui limiti della «*capacità di carico turistico* di una città d'arte (o di un centro storico o di un sito archeologico) che non è solo fisico ambientale (per evitare la saturazione e il degrado della risorsa primaria) ma anche sociale ed economico (per impedire la morte degli insediamenti e delle attività non interessate al flusso turistico)». Conseguentemente, le linee di intervento prospettate si focalizzano su strategie di regolamentazione *ad hoc* dei flussi turistici nei grandi poli di attrazione culturale e di «indirizzamento ed incentivazione dei flussi turistici verso sistemi museali regionali e minori»⁷⁴, nonché di coinvolgimento attivo delle comunità locali nella tutela e valorizzazione dei beni di interesse turistico⁷⁵. Tutti temi certamente «roventi»⁷⁶ e meritevoli di attenzione, ma non esaustivi, a nostro avviso, delle questioni di 'sostenibilità'. Dato questo approccio, comunque, non stupisce di non trovar menzione dei temi dell'«acquisto responsabile» e dell'«educazione

BARBATI - M. CAMMELLI - G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna 2011, pp. 55 ss.; L. CASINI, *Oltre la mitologia giuridica dei beni culturali*, «Aedon», 2012, 1-2 (<http://www.aedon.mulino.it/>, ultimo accesso il 22 settembre 2018); M. CAMMELLI, *Il diritto del patrimonio culturale: una introduzione*, in BARBATI ET AL., *Diritto del patrimonio culturale*, pp. 19 ff.

⁷² Cfr. ampiamente P. PIRAS, *Ambiente, patrimonio culturale, turismo e sviluppo sostenibile*, «Aedon», 1, 2009 (in www.aedon.mulino.it, ultimo accesso il 25 marzo 2019); A. CICERCHIA, *Risorse culturali e turismo sostenibile. Elementi di pianificazione strategica*, Milano 2009, *passim*.

⁷³ Cfr. anche LUCARNO, *Turismo sostenibile*.

⁷⁴ Cfr. CORSI, *Diritto*, pp. 33 s.

⁷⁵ Cfr. BOLDON ZANETTI, *Il nuovo diritto*, p. 124.

⁷⁶ Cfr. ERIKSEN, *Fuori controllo*, p. 83.

alla legalità dell'esportazione' di oggetti d'arte e d'antichità neppure nelle recentissime *Raccomandazioni per il turismo culturale sostenibile* dell'Unione Europea (un insieme di linee guida pubblicato in occasione dell'anno europeo del patrimonio culturale 2018)⁷⁷.

Eppure, tra i 'doveri del turista' sanciti all'art. 1 del *Global Code of Ethics for Tourism* adottato nel 1999 dall'Assemblea Generale della *World Tourism Organization* (UNWTO)⁷⁸ rientrano non solo quello di «non commettere reati o comportamenti qualificati come reato dalle leggi del paese visitato» (e va ricordato come in moltissimi paesi-fonte⁷⁹, Italia inclusa, l'esportazione illecita

⁷⁷ Cfr. *Sustainable Cultural Tourism Recommendations*, https://europa.eu/cultural-heritage/sites/eych/files/sustainable-cultural-tourism-recommendations_en.pdf?token=Ps-ePI9T4 (ultimo accesso il 25 marzo 2019). Le uniche 'linee guida' che nella loro ampiezza si prestino a ricomprendere anche lo specifico tema dell'acquisto ed esportazione responsabili di beni culturali sono estremamente generiche raccomandazioni al 'consumo responsabile' da parte dei turisti e alla necessità, per le autorità locali, di realizzare 'campagne di sensibilizzazione' sull'importanza del patrimonio culturale per tutti gli attori sociali ed economici coinvolti.

⁷⁸ Cfr. <http://cf.cdn.unwto.org/sites/all/files/docpdf/gcetbrochureglobalcodeen.pdf> (ultimo accesso il 25 marzo 2019).

⁷⁹ Tradizionalmente in ambito internazionale si definiscono *source countries* quei paesi che, ricchi in beni culturali, subiscono un'esportazione netta largamente involontaria, e *market countries* i paesi che si connotano come forti importatori di beni culturali, vuoi perché svolgono un ruolo di *hub* del commercio internazionale di oggetti d'arte e d'antiquariato (si parla, in questo caso, più propriamente di *transit countries*, spesso connotati da una legislazione e da controlli particolarmente permissivi, che consentono una più agevole 'ripulitura' di beni di provenienza illecita), vuoi perché caratterizzati da una forte presenza di acquirenti finali (persone fisiche o giuridiche). Sulle specificità della circolazione internazionale di beni culturali e, in particolare, sulle caratteristiche del traffico di beni culturali come fenomeno eminentemente transnazionale e connotato da forti intrecci tra mercato legale e mercato illegale (tanto che quello dei beni culturali è comunemente definito un *grey market*) cfr., *ex plurimis*, C. ALDER - K. POLK, *Crime in the World of Art*, in H.N. PONTELL - G. GEIS (eds.), *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, New York 2007, pp. 347 ss.; EAD., *The Illicit Trafficking in Plundered Antiquities*, in P. REICHEL (ed.), *Handbook of Transnational Crime and Justice*, Thousand Oaks 2005, pp. 98 ss.; BLAKE, *International Cultural Heritage Law*, pp. 23 ss.; B.A. BOWMAN, *Transnational Crimes Against Culture. Looting at Archaeological Sites and the 'Grey' Market in Antiquities*, «Journal of Contemporary Criminal Justice», 24 (2008), 3, pp. 225 ss.; J. DIETZLER, *On "Organized Crime" in the Illicit Antiquities Trade: Moving Beyond the Definitional Debate*, «Trends in Organized Crime», 16, 2013, pp. 329 ss.; D.C. LANE - D.G. BROMLEY - R.D. HICKS - J.S. MAHONEY, *Time Crime: The Transnational Organization of Art and Antiquities Theft*, «Journal of Contemporary Criminal Justice», 24 (2008), 3, pp. 243 ss.; S. MACKENZIE, *Going, Going, Gone: Regulating the Market in Illicit Antiquities*, Leicester 2005; ID., *Illicit Deals in Cultural Objects as Crimes of the Powerful*, «Crime, Law and Social Change», 56 (2011), 2, pp. 133 ss.; L. MASSY, *The Antiquity Art Market: Between Legality and Illegality*, «International Journal of Social Economics», 35 (2008), 10, pp. 729 ss.; R. NAYLOR, *The Underworld of Art*, «Crime, Law and Social Change», 2008, 50, pp. 263 ss.; N. PASSAS - B. BOWMAN PROULX, *Overview of Crimes and Antiques*, in S. MANACORDA - D. CHAPPELL (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World. Illegal Trafficking in Cultural*

di beni culturali abbia rilevanza penale)⁸⁰, ma anche quello di «astenersi da qualsiasi traffico in [...] oggetti d'antichità [...] che sia proibito da normative nazionali»; doveri che vanno a sommarsi e a specificare i più generali principi di promozione del turismo in termini di «valorizzazione» del «patrimonio culturale dell'umanità» di cui all'art. 4. L'UNESCO (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*), per parte sua, ha attivato negli ultimi anni una serie di campagne di sensibilizzazione al problema del traffico illecito di beni culturali rivolte proprio al settore del turismo, sia attraverso *partnership* con editori specializzati nel mercato delle guide⁸¹, sia attraverso collaborazioni con operatori internazionali dell'industria ricettiva e gestori di piattaforme di prenotazioni di viaggio on-line⁸².

Curiosamente, proprio l'Italia, prima vittima (anche) dei 'saccheggi' del *Grand Tour* – oltre che di un'endemica diffusione di scavi archeologici clandestini⁸³,

Property, New York 2011, pp. 51 ss.; E.A.J.G. TIJHUIS, *Transnational Crime and the Interface between Legal and Illegal Actors: The Case of the Illicit Art and Antiquities Trade*, Nijmegen 2006 (in part. pp. 111 ss.); ID., *The Trafficking Problem: A Criminological Perspective*, in MANACORDA - CHAPPELL, *Crime in the Art and Antiquities World*, pp. 87 ss. Cfr. anche L. CASINI, *I beni culturali di fronte alla crisi economico-finanziaria e alla globalizzazione. La globalizzazione giuridica dei beni culturali*, «Aedon», 2012, 3 (<http://www.aedon.mulino.it/>, ultimo accesso il 1 aprile 2019).

⁸⁰ Ex art. 174 CBC. In tema si rinvia diffusamente, anche per i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, a DEMURO, *Beni culturali*, pp. 148 ss.; ID., *D.lgs. 22.1.2004 n. 42 - Codice dei beni culturali e del paesaggio ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137 - Premessa e commento alla Parte quarta*, «Legislazione penale», 24 (2004), 3, pp. 456 ss.; P.G. FERRI, *Uscita o esportazione illecite*, in MANNA, *Il codice dei beni culturali*, pp. 165 ss.; G. PIOLETTI, *Uscita o esportazione illecite*, in CAMMELLI, *Il codice*, pp. 713 ss.; V. MANES, *La tutela penale*, in BARBATI - CAMMELLI - SCIULLO, *Diritto e gestione dei beni culturali*, pp. 299-300; ID., *La circolazione illecita dei beni artistici e archeologici. Risposte penali ed extrapenali a confronto*, in AA.VV., *Circolazione dei beni culturali mobili*, pp. 94 ss.; G. MARI, *Art. 174*, in SANDULLI, *Codice*, pp. 1265 ss. In particolare in merito alla recente riforma della disciplina dell'esportazione in Italia, e ai suoi riflessi penali, cfr. A. MASSARO, *Illecita esportazione di cose di interesse artistico: la nozione sostanziale di bene culturale e le modifiche introdotte dalla legge n. 124 del 2017*, «Diritto penale contemporaneo», 2018, 5 (<https://www.penalecontemporaneo.it/>, ultimo accesso il 20 marzo 2019).

⁸¹ Si veda in particolare la campagna del 2015, sviluppata in collaborazione con Lonely Planet France, «Do not pack other people's cultural heritage in your luggage! / N'emportez pas le patrimoine des autres dans vos bagages!» (cfr. <http://www.unesco.org/new/en/Culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/awareness-raising-initiatives/lonely-planet/> e <https://www.lonelyplanet.fr/article/nemportez-pas-le-patrimoine-des-autres-dans-vos-bagages>, ultimo accesso il 25 marzo 2019).

⁸² Si veda la campagna, attivata in collaborazione con UNWTO e UNODC nel 2014, «Your Actions Count - Be a Responsible Traveller» (cfr. <http://media.unwto.org/press-release/2014-03-05/unwto-unodc-and-unesco-launch-anti-trafficking-campaign> e <http://www.bearesponsibletraveller.org/>, ultimo accesso il 25 marzo 2019).

⁸³ Si rileva dalle più recenti statistiche disponibili un leggero aumento degli scavi archeologici clandestini individuati dalle forze dell'ordine, rispetto all'anno precedente, all'interno

furti d'arte (particolarmente diffusi nel settore dei beni librari e di quelli ecclesiastici, per definizione dispersi sul territorio e collocati in siti intrinsecamente vulnerabili)⁸⁴ ed esportazioni clandestine⁸⁵ – appare ancora oggi grandemente in affanno quanto a cultura civica in questo ambito.

Non ci si riferisce solo alla notoria diffusa leggerezza nell'applicazione delle disposizioni dell'art. 64 CBC⁸⁶, che vede tutt'oggi un livello mediamente assai basso delle informazioni e documentazione fornite, da parte degli esercenti il commercio di opere d'arte e d'antiquariato, circa provenienza e autenticità dei beni, speculare, del resto, all'assai carente «conoscenza e consapevolezza da parte dei cittadini dei diritti ai medesimi riservati e degli obblighi deontologici, prima che giuridici, incombenti sui commercianti e gli antiquari», che invece costituirebbe certamente «il mezzo più efficace per migliorare anche la disciplina commerciale del settore»⁸⁷. Non si registrano nel nostro paese neppure campagne sistematiche di informazione al turista sia in ingresso – circa la normativa nazionale sul commercio ed esportazione di beni culturali – sia in uscita – per sensibilizzare gli italiani che viaggiano all'estero circa la necessità di informarsi su analoghe normative nei paesi di destinazione. Ancora, è legittimo domandarsi quanti concittadini siano al corrente, ad esempio, dell'obbligo di denuncia (penalmente sanzionato) che grava su

comunque di un *trend* in complessiva diminuzione nel corso dell'ultimo decennio (cfr. COMANDO CARABINIERI TUTELA PATRIMONIO CULTURALE, *Attività operativa 2017*, in part. p. 15, in confronto con ID., *Attività operativa 2009*, Roma 2010, in part. p. 6, https://www.beniculturali.it/mibac/multimedia/MiBAC/documents/1263488423664_CC_TPC_2009.pdf, ultimo accesso il 25 marzo 2019).

⁸⁴ Cfr. COMANDO CARABINIERI TPC, *Attività operativa 2017*, in part. pp. 7 ss.

⁸⁵ V. *supra*, nota 61.

⁸⁶ L'art. 64 CBC, trasposizione nel d.lgs. 42/2004, con alcune puntualizzazioni, delle previsioni già contenute nell'art. 63 d.lgs. 490/1999 (che a sua volta riproponeva, con modifiche, una disciplina risalente all'art. 2 della l. 20 novembre 1971, n. 1062), prevede l'obbligo di consegnare all'acquirente la «documentazione» che «attesti» «l'autenticità o almeno la probabile attribuzione e la provenienza» dei beni venduti, «ovvero, in mancanza, di rilasciare, con le modalità previste dalle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, una dichiarazione recante tutte le informazioni disponibili sull'autenticità o la probabile attribuzione e la provenienza». La norma presenta problemi sia di genericità della previsione circa la documentazione che deve accompagnare l'opera, sia di equivocità circa il conseguire o meno alla sua violazione la sanzione di nullità dell'alienazione ex art. 164 CBC: cfr. A. DONATI, *Autentiche, archivi e cataloghi: gerarchie tra diritto e mercato*, in AA.VV., *L'archivio d'artista. Tra dimensione privata e interesse pubblico*, 2013, pp. 4 ss., in part. pp. 10 s. (<http://www.opencare.it/it/155/>, ultimo accesso il 25 marzo 2019). In generale sulla normativa in questione si vedano, *ex plurimis*, M. COSTANZA, *La circolazione delle opere d'arte: regole civilistiche di scambio*, in EAD. (a cura di), *Commercio e circolazione delle opere d'arte*, Padova 1999, p. 3; A. MILONE, *Art. 64*, in SANDULLI, *Codice*, pp. 546 s.; TAMIOZZO, *La legislazione*, pp. 461 ss.

⁸⁷ Cfr. TAMIOZZO, *La legislazione*, p. 464.

ciascuno in caso di ritrovamento fortuito di un reperto archeologico⁸⁸, anche in un terreno di proprietà, o dei potenziali obblighi gravanti su chi desideri raccogliere cimeli della Grande Guerra sui luoghi già teatro del conflitto⁸⁹.

Sembra dunque abbastanza evidente come ogni 'esercizio di consapevolezza', in questo ambito, risulti di essenziale importanza per la conservazione e trasmissione alle generazioni future di un 'bene comune' di fondamentale importanza⁹⁰, quale è il nostro immenso, ma fragile, patrimonio culturale.

3. Un monito letterario dalle rive del Tamigi: la lunga ombra del colonialismo.

Un *fil rouge* lega il collezionismo europeo del *Grand Tour* a una più generale visione spiccatamente *eurocentrica* del 'valore universale' della cultura⁹¹ e al

⁸⁸ Ex artt. 90 e 175 CBC. Sulla tutela dei beni archeologici nella legislazione italiana si vedano, *ex plurimis*, TAMIOZZO, *La legislazione*, pp. 127 ss.; MORRONE, *Elementi*, pp. 91 ss.; BOLDON ZANETTI, *Il nuovo diritto*, pp. 164 ss.; in particolare in relazione alla tutela penale cfr. DEMURO, *Beni culturali*, pp. 133 ss.; ID., *D.lgs. 22.1.2004 n. 42*, pp. 459 ss.; FERRI, *Uscita o esportazione illecite*, pp. 202 ss.; MANES, *La tutela*, p. 301; ID., *La circolazione*, pp. 96 ss.; G. MARI, *Artt. 175-176*, in SANDULLI, *Codice*, pp. 1269 ss.

⁸⁹ Ai sensi dell'art. 9 della l. 7 marzo 2001, n. 78, infatti, «chiunque possieda o rivenga reperti mobili o cimeli relativi al fronte terrestre della Prima Guerra Mondiale di notevole valore storico o documentario, ovvero possieda collezioni o raccolte dei citati reperti o cimeli deve darne comunicazione al sindaco del comune nel cui territorio si trovano, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della [...] legge o dalla data del ritrovamento, indicandone la natura, la quantità e, ove nota, la provenienza», a pena di sanzione pecuniaria amministrativa (art. 10, co. 3). Inoltre, secondo quanto previsto dall'art. 7, co. 1, lett. c) della stessa legge, le Regioni hanno competenza legislativa circa la disciplina della raccolta di tali reperti: la Regione Veneto, ad es., con l. reg. 12 agosto 2011, n. 17, ha previsto la necessità di richiedere e ottenere apposita autorizzazione regionale (non necessaria in caso di ricerca su un fondo di proprietà, soggetta a mera comunicazione), oltre a prevedere obblighi di informazione e specifiche disposizioni per il rinvenimento di resti umani.

⁹⁰ Cfr. S. MANACORDA, *Preface*, in MANACORDA - VISCONTI, *Protecting Cultural Heritage as a Common Good of Humanity*, p. 13; G.M. FLICK, *Elogio del patrimonio. Cultura, arte, paesaggio*, Città del Vaticano 2016, pp. 32 ss.

⁹¹ Solo per richiamare uno dei più celebri esponenti di tale approccio, essenzialmente liberista, alla questione della circolazione e delle restituzioni di beni culturali, si veda E.A. POSNER, *The International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Observations*, «Chicago Journal of International Law», 8 (2007), 1, pp. 213 ss. Più diffusamente sul sempre vivo dibattito tra 'protezionisti' (o 'retenzionisti', secondo la denominazione piuttosto derogatoria in uso tra molti esponenti dell'opposta posizione: cfr. ad es. J.H. MERRYMAN, *The Retention of Cultural Property*, «University of California Davis Law Review», 21, 1988, pp. 477 ss.; v. anche ID., *Two Ways of Thinking about Cultural Property*, «The American Journal of International Law», 80 (1986), 4, pp. 831 ss., e ID., *Thinking About the Elgin Marbles. Critical Essays on Cultural Property, Art and Law*, London 2009, in part. pp. 24 ss.) e 'universalisti' si vedano, anche per ulteriori riferimenti, C. FORREST, *International Law*

passato coloniale del nostro continente⁹²: «nel dispensare i loro benefici globali, le potenze occidentali acquisirono anche un patrimonio culturale globale, e giunsero quindi a concettualizzare il proprio bottino di conquista come una missione di custodia globale. Il mandato a saccheggiare dell'Europa derivava dalla visione condivisa che la sua eredità cristiana e scientifica fosse incommensurabilmente superiore ai costumi barbarici delle altre popolazioni»⁹³.

La letteratura, per parte sua, è documentazione anche di questa mentalità e di queste pratiche appropriative, ancor più aggressive e di più ampia, e talora devastante, portata rispetto alle (per lo più) 'dilettantesche' incursioni testimoniate nei diari dei celebri 'granturisti' sopra richiamati.

Solo per restare nel campo, familiare e ben dissodato⁹⁴, della narrativa ottocentesca, basti pensare alla naturalezza con cui, nei capitoli conclusivi del *Segno dei quattro*, celebre romanzo di Arthur Conan Doyle⁹⁵, nessuno dei protagonisti si sogni neppure per un istante di mettere in questione il diritto di Mary Morstan e Bartholomew Sholto a ereditare il 'Grande Tesoro di Agra' (in realtà perduto per sempre)⁹⁶ – ovvero la collezione di gioielli di un innominato *rajah* dell'India settentrionale, sottratta con la violenza da un sottufficiale inglese e dal suo plotone indiano⁹⁷ al servitore incaricato di portarla al sicuro

and the Protection of Cultural Heritage, Abingdon 2010, pp. 157 ss.; BLAKE, *International*, pp. 12 ss.

⁹² Cfr. anche BLAKE, *International*, p. 3.

⁹³ Cfr. D. LOWENTHAL, *The Heritage Crusade and the Spoils of History*, Cambridge 2003, pp. 240 s. Aggiunge l'Autore: «“Quegli altri” erano ritenuti incapaci di creare, non parliamo poi di conservare, l'eredità in mezzo alla quale vivevano. Le antiche piramidi del Centro America dovevano essere state costruite dalle tribù bibliche, mentre il Grande Zimbabwe era chiaramente una conquista ariana. Solo molto recentemente le popolazioni native africane e americane si sono viste riconoscere il merito di un patrimonio culturale prima considerato troppo impressionante per non essere di origine indoeuropea».

⁹⁴ Si rinvia in particolare all'intera Parte seconda, sezione II, di FORTI - MAZZUCATO - VISCONTI, *Giustizia e letteratura III* (pp. 227 ss.).

⁹⁵ Cfr. A.C. DOYLE, *The Sign of Four*, prima edizione (come *The Sign of the Four; or, the Problem of the Sholtos*) nel «Lippincott's Magazine», febbraio 1890.

⁹⁶ Cfr. DOYLE, *The Sign of Four*, capitolo 11, *The Great Agra Treasure*.

⁹⁷ Significativamente (cfr. in questo senso P. ROY, *The Manichean Investigators: A Postcolonial and Cultural Rereading of the Sherlock Holmes and Byomkesh Bakshi Stories*, New Delhi 2008, pp. 132 s.), l'iniziativa del crimine viene attribuita da Jonathan Small (il cui racconto, però, potrebbe anche essere falsato dal desiderio di proporsi in una luce migliore ai suoi concittadini britannici) ai tre sottoposti Sikh, che lo avrebbero inizialmente costretto a partecipare sotto minaccia, anche se in seguito Small avrebbe deciso di anteporre la lealtà ai compagni alla possibilità di vedersi ridurre la pena in cambio della consegna del tesoro. È però interessante che, nel tentativo di persuadere Small a collaborare alla rapina e all'omicidio, uno dei complici indiani, Abdullah Kahn, solleciti Small a «fare quello che i suoi compatrioti erano venuti in India a fare», ovvero «diventare ricchi». Cfr. DOYLE, *The Sign of*

nel corso dei moti del 1857, e quindi trafugata da uno dei due ufficiali britannici (Sholto e Morstan) in servizio presso il penitenziario dove erano stati confinati i criminali e dove uno di questi, Jonathan Small, aveva offerto loro una parte dei gioielli in cambio della complicità nella fuga dell'intera banda⁹⁸.

Per tutti i personaggi del romanzo quei gioielli sono ridotti, da oggetti dotati di una loro storia e di un valore simbolico, oltre che materiale, quali erano nel loro paese d'origine, a una pura entità economica, su cui il diritto di conquista può esercitarsi liberamente⁹⁹ (tanto che uno squisito diadema di perle, unico sopravvissuto alle travagliate vicissitudini della collezione, viene smontato da Bartholomew Sholto per consentirgli di pagare una sorta di 'rendita' a Mary

Four, capitolo 12, *The Strange Story of Jonathan Small*. Per una revisione critica delle valutazioni del *Segno dei quattro* come romanzo in cui i valori dell'imperialismo vittoriano sarebbero in definitiva riaffermati in modo assolutamente inequivoco, cfr. ad es. C. KEEP - D. RANDALL, *Addiction, Empire, and Narrative in Arthur Conan Doyle's "The Sign of the Four"*, «NOVEL: A Forum on Fiction», 32 (1999), 2, pp. 207 ss. Questi Autori sottolineano come, a un livello più profondo, dal romanzo traspaia (anche) un'ansia, sotterranea ma onnipresente, circa il rischio che la violenza esercitata sulle colonie possa finire per 'contaminare' la stessa 'civiltà' dei colonizzatori – ansia veicolata, tra l'altro, dal tema dell'oppio e della droga, ricorrente in questo romanzo come pure in *The Moonstone* di Wilkie Collins (su cui v. *infra*), a simboleggiare sia l'ottundimento delle virtù morali legato all'avidità coloniale, sia una sorta di punizione in forma di 'contrappasso' di quest'ultima (ricordando come l'esportazione dell'oppio e la riduzione in uno stato di tossicodipendenza di intere popolazioni abbia costituito una base fondativa dell'arricchimento coloniale delle potenze occidentali, impero britannico *in primis*). In tema cfr. anche K. LOTNI, *Wealth and Entitlement in Detective Fiction: Britain's History of Pillage in India*, «Language, Literature, and Interdisciplinary Studies», 1 (2017), 2, pp. 35 ss. e in part. pp. 40 s. L'ambivalenza del romanzo potrebbe del resto dare più o meno consciamente voce a un conflitto interiore mai risolto dello stesso Conan Doyle, fervente patriota e convinto sostenitore della superiorità morale britannica e dell'Impero, tanto da essere insignito del cavalierato per il suo supporto materiale (si arruolò come ufficiale medico volontario) e morale (con gli scritti *The Great Boer War*, del 1900, e *The War in South Africa: Its Cause and Conduct*, del 1902) alla guerra in Sudafrica del 1899-1902, ma altrettanto fervente e convinto critico delle crudeltà coloniali (è del 1909 il suo pamphlet *The Crime of the Congo*) e appassionato difensore dell'avvocato angloindiano George Edalji contro i pregiudizi razziali che avevano contribuito a determinarne l'ingiusta condanna. Cfr. A.C. DOYLE, *Memories and Adventures* (1924), in part. capp. XV-XIX e XXI-XXII (il testo è stato pubblicato in italiano con molteplici tagli e col titolo *Ucciderò Sherlock Holmes. Memorie e avventure del creatore del celebre detective*, trad. it. di L. Brioschi, adattamento di F. Lugnano, Milano 1987); B. HARLOW, *Sappers in the Stacks: Colonial Archives, Land Mines, and Truth Commissions*, «Boundary 2», 25 (1998), 2, pp. 179 ss.; J. BARNES, *Arthur e George* (2005), trad. it. di S. Basso e D. Fargione, Torino 2007; v. anche, per un'approfondita analisi dell'intrinseca ambivalenza della rappresentazione letteraria del colonialismo nell'opera di Conan Doyle, Y. SIDDIQI, *The Cesspool of Empire: Sherlock Holmes and the Return of the Repressed*, «Victorian Literature and Culture», 34 (2006), 1, pp. 233 ss.

⁹⁸ Cfr. DOYLE, *The Sign of Four*, capitolo 12.

⁹⁹ Cfr. LOTNI, *Wealth and Entitlement*, pp. 36 s.

Morstan, tramite la consegna, anonima, di una singola perla ogni anno)¹⁰⁰ e, se mai una questione circa la legittimità del possesso di quei beni si affaccia alla mente di taluno, questa riguarda i possibili diritti di proprietà del governo britannico, giammai quelli della famiglia reale e dello Stato indiani cui il tesoro era stato sottratto con la forza¹⁰¹.

La totale pretermissione dell'originario valore (anche) culturale dei 'tesori dell'oriente' nella mentalità colonialista occidentale risalta poi ancor meglio nella *Pietra di Luna* di Wilkie Collins¹⁰² (probabilmente una delle fonti di ispirazione dello stesso Doyle)¹⁰³, in cui l'omonimo diamante, fulcro del delitto che mette in moto la trama del romanzo, risulta essere stato sottratto con la violenza da un idolo sacro, all'interno di un tempio indiano, dai conquistatori Mogul nel XVII secolo e quindi a sua volta rubato da un ufficiale inglese (colpevole anche dell'omicidio dei custodi nativi del gioiello) dal tesoro della corona di Seringapatam, nel corso dei saccheggi compiuti al culmine delle quarta guerra per il regno di Mysore, nel 1799¹⁰⁴. Il valore immateriale¹⁰⁵ della pietra – totalmente ignorato, ancora una volta, dai personaggi europei – è qui ancora più evidente, data la sua importanza non solo storica, ma anche religiosa, per la popolazione cui fu sottratto; tanto che il romanzo si chiude con una lettera dell'esploratore Murthwaite¹⁰⁶ che rivela come il diamante, alla fine delle rocambolesche (e sanguinose) vicende narrate nei capitoli precedenti, sia tornato, a opera di un gruppo di devoti seguaci, a essere incastonato nella

¹⁰⁰ Cfr. DOYLE, *The Sign of Four*, capitolo 4, *The Story of The Bald-headed Man*.

¹⁰¹ Cfr. DOYLE, *The Sign of Four*, capitolo 12. Lo stesso Abdullah Kahn, sempre nel tentativo di persuadere Small a partecipare al delitto, argomenta che, nel caso il servitore del *rajah* fosse stato scoperto da un altro ufficiale in servizio mentre cercava di trasportare i gioielli al sicuro all'interno del forte di Agra, questi sarebbero stati comunque sequestrati dal governo inglese; e anche in seguito, il capitano Morstan, appena informato da Small dell'esistenza del tesoro, affermerà inizialmente senza ombra di dubbio che legittimo proprietario ne fosse il governo britannico (salvo poi accettare di appropriarsi di una parte dei gioielli in cambio di aiuto nell'evasione).

¹⁰² Cfr. W. COLLINS, *The Moonstone*, prima edizione in «All the Year Round», 4 gennaio - 8 agosto 1868.

¹⁰³ Cfr. R. KURIN, *Hope Diamond. The Legendary History of a Cursed Gem*, Smithsonian Institute 2017, p. 177.

¹⁰⁴ Cfr. COLLINS, *The Moonstone*, Prologue. *The Storming of Seringapatam (1799)*.

¹⁰⁵ Come è stato rilevato, in materia di patrimonio culturale la distinzione tra patrimonio 'materiale' e 'immateriale', pur netta anche in ambito giuridico, risulta tuttavia in qualche misura artificiosa, stante il valore sempre necessariamente immateriale annesso alla stessa qualificabilità del bene *materiale* come 'culturale' (e, per converso, la necessità che ogni forma culturale 'immateriale' trovi un'espressione esteriore per essere apprezzata). Cfr., *ex plurimis*, L. GASPARINI, *Il patrimonio culturale immateriale*, Milano 2014, in part. pp. 145 ss.

¹⁰⁶ Cfr. COLLINS, *The Moonstone*, Epilogue. *The Finding of the Diamond*, III, *The Statement of Mr. Murthwaite (1850)*.

fronte della statua del dio, nel tempio da cui era stato originariamente rubato¹⁰⁷.

Come è noto, Collins si ispirò a sua volta, nel costruire la trama del romanzo, alla vera storia di alcune pietre molto famose e dalle tormentate vicissitudini¹⁰⁸, tra cui il celebre Koh-i-Noor, che non a caso è da decenni al centro di una disputa¹⁰⁹ che vede contrapposti da un lato il Regno Unito – dei cui gioielli della corona il diamante fa attualmente parte, dopo essere stato ceduto alla Regina Vittoria al termine della seconda guerra anglo-sikh del 1848-1849 – e dall'altro, con altrettante richieste di restituzione, i governi di India, Pakistan e Afghanistan. Più recentemente, il Rijksmuseum di Amsterdam ha annunciato di aver avviato un processo di revisione della legittimità dell'acquisizione di dieci oggetti di origine coloniale (su circa 1.000 di analoga dubbia provenienza, come osservato dai critici)¹¹⁰, tra cui il diamante Banjarmasin¹¹¹, originariamente appartenuto al sultano Panembaham Adam e attualmente classificato, nello stesso catalogo del museo, come «bottino di guerra»¹¹², di cui si ipotizza quindi una futura restituzione all'Indonesia.

¹⁰⁷ Proprio questa conclusione sarebbe, secondo alcuni, testimonianza dell'intento critico, anticolonialista e antimperialista, di Wilkie Collins: «nel rispedire il diamante in India Collins offriva una critica dei mal guadagnati e ingiusti profitti tratti dal colonialismo britannico. Per Collins, il motivo del diamante maledetto valeva come apologia morale. Possedere la pietra di luna avrebbe portato il caos – per non parlare degli indiani nel cuore della madrepatria inglese. Una famiglia inglese era costretta a confrontarsi col proprio passato di ingiustizia inflitta all'India conquistata. La maledizione della pietra di luna è la maledizione del colonialismo andato a rotoli». Cfr. KURIN, *Hope Diamond*, p. 176. In senso affine anche LOTNI, *Wealth and Entitlement*, pp. 39-41, e M. FREE, "Dirty Linen": *Legacies of Empire in Wilkie Collins's The Moonstone*, «Texas Studies in Literature and Language», 48 (2006), 4, pp. 340 ss.

¹⁰⁸ Cfr. KURIN, *Hope Diamond*, p. 174; LOTNI, *Wealth and Entitlement*, p. 39.

¹⁰⁹ Cfr. GREENFIELD, *The Return of Cultural Treasures*, pp. 123 ss.; S. GHOSHRAI, *Repatriation of the Kohinoor Diamond: Expanding the Legal Paradigm for Cultural Heritage*, «Fordham International Law Journal», 31 (2007), 3, pp. 741 ss.; A. JAKUBOWSKI, *State Succession in Cultural Property*, Oxford 2015, pp. 91 ss. Sul fronte dei paesi richiedenti, la disputa nasce non solo dalla frammentazione territoriale, ma anche dalla dislocazione e dispersione etnica delle popolazioni dell'impero Sikh (del cui tesoro reale il diamante faceva da ultimo parte, prima dell'assoggettamento britannico) in epoca sia coloniale sia di decolonizzazione e formazione dei nuovi Stati.

¹¹⁰ Cfr. D. BOFFEY, *Rijksmuseum Laments Dutch Failure to Return Stolen Colonial Art*, «The Guardian», 13 marzo 2019.

¹¹¹ Cfr. anche C. GOLDSTEIN, *The Rijksmuseum Becomes the Latest European Institution to Consider Returning Looted Artifacts From Its Collection*, «Artnet News», 13 marzo 2019 (<https://news.artnet.com/art-world/rijksmuseum-may-return-looted-artifacts-1487446>, ultimo accesso il 28 marzo 2019).

¹¹² Cfr. <https://www.rijksmuseum.nl/en/collection/NG-C-2000-3> (ultimo accesso il 28 marzo 2019): «Il diamante è bottino di guerra. Un tempo posseduto dal sultano di

L'annuncio del Rijksmuseum segue a stretto giro quello del National Museum for World Cultures (un ente collettivo composto dal Museum Volkenkunde di Leiden, dal Tropenmuseum di Amsterdam e dall'Africa Museum di Berg en Dal) circa la scelta di adottare una politica innovativa in tema di restituzione di oggetti acquisiti alle collezioni museali in seguito a saccheggi avvenuti in epoca coloniale¹¹³, basata su una ricerca attiva della provenienza dei beni anziché su controlli 'passivi' a seguito di richieste di rimpatrio da parte di ex colonie.

Questa inversione di tendenza, a sua volta, si inserisce in un più ampio, recente movimento che ha visto l'interesse dell'opinione pubblica e della politica occidentali allargarsi oltre l'ambito 'tradizionale' piuttosto ristretto che ha, fino a tempi recenti, sostanzialmente monopolizzato le (scarse) attenzioni di cittadini e media per questioni di restituzione di beni culturali (in pratica, oltre alle depredazioni naziste della Seconda Guerra Mondiale¹¹⁴, alcuni casi 'storici' eclatanti come quello dei marmi del Partenone¹¹⁵, e – specie in Italia – talune acquisizioni 'disinvolte' da parte di primari musei stranieri in danno del

Banjarmasin (Kalimantan). La pietra apparteneva al tesoro di Stato, quale parte dei simboli della sovranità del sultano. Dopo la sua morte, l'Olanda intervenne nella guerra di successione. Nel 1859, truppe olandesi presero con la violenza il controllo del Banjarmasin e sciolsero il sultanato. Il diamante grezzo venne spedito in Olanda, dove fu tagliato in una forma rettangolare da 36 carati».

¹¹³ Cfr. L. KALAI, *Dutch Museum to Return Artefacts Stolen from Other Countries*, «ArtCritique», 7 marzo 2019 (<https://www.art-critique.com/en/2019/03/dutch-museum-to-return-artefacts-stolen-from-other-countries/>, ultimo accesso il 28 marzo 2019); Y. OLORUNSHOLA, *Dutch Museum Commits to Returning Looted Colonial Artefacts*, «Museums Journal», 13 marzo 2019 (<https://www.museumsassociation.org/museums-journal/news/1-3032019-dutch-museum-commits-to-returning-looted-artefacts>, ultimo accesso il 28 marzo 2019).

¹¹⁴ Come è stato fatto rilevare, tuttavia, i casi meglio presenti all'opinione pubblica riguardano furti o vendite forzate di opere d'arte di famosi autori occidentali sottratte al legittimo possesso di famiglie ebraiche; assai meno interesse si riserva abitualmente per il saccheggio e la distruzione di beni che incarnano la *cultura* e le *tradizioni* del popolo ebraico: cfr. Y.Z. BLUM, *On the Restitution of Jewish Cultural Property Looted in World War II*, «American Society of International Law - Proceedings of the Annual Meeting», 94, 2000, pp. 88 ss. Altra questione assai meno presente all'opinione pubblica è quella relativa al 'trattenimento', spesso asseritamente a titolo di riparazioni di guerra, a opera prima dell'Unione Sovietica, e in seguito della Repubblica Russa, di opere originariamente trafugate dai Nazisti e 'recuperate' dall'Armata Rossa: cfr. ad es. E.S. MYEROWITZ, *Protecting Cultural Property During a Time of War: Why Russia Should Return Nazi-Looted Art*, «Fordham International Law Journal», 20 (1996), 5, pp. 1961 ss.

¹¹⁵ Cfr. in tema anche GREENFIELD, *The Return of Cultural Treasures*, pp. 42 ss. La più recente occasione di rinfocolamento del dibattito politico e mediatico sulla questione è stata offerta dall'imminente uscita del Regno Unito dall'Unione Europea: cfr. D. SELWOOD, *How Brexit Has Revived Controversy over the Elgin Marbles in Britain*, «The Independent», 5 settembre 2018.

patrimonio artistico-archeologico nazionale¹¹⁶). In particolare, questo 'risveglio' ha interessato proprio i beni, non più solo artistici, ma anche, più strettamente, etnografico-antropologici, entrati nelle collezioni delle istituzioni culturali europee nel corso dei secoli di dominazione coloniale.

Basti qui menzionare a titolo di esempio il dibattito, non più confinato alla sola cerchia ristretta degli specialisti, che sta precedendo l'apertura, prevista per il 2020, dello Humboldt Forum di Berlino, destinato, tra l'altro, a riunire le collezioni del museo etnologico e di quello di arte asiatica. Al centro delle contestazioni, di ampia risonanza mediatica¹¹⁷, vi sono sia la legittimità del possesso dei beni destinati a essere esposti nel nuovo museo, considerati in gran parte frutto di illecite acquisizioni coloniali o comunque fortemente sospetti, sia, correlativamente, la necessità, da un lato, di ricerche approfondite sulla provenienza di tali oggetti e, dall'altro, di rivalutazione critica, e problematizzazione nella presentazione al pubblico, dell'approccio ottonecentesco alla ricerca etnografica, sia, infine, l'idea stessa di continuare a

¹¹⁶ Sul notissimo scandalo del cratere di Eufonio e il collegato traffico di reperti archeologici su larga scala gestito da Giacomo Medici e Gianfranco Becchina si rinvia, oltre che al già citato WATSON - TODESCHINI, *The Medici Conspiracy, passim*, a F. ISMAN, *L'Italia dell'arte venduta. Collezioni disperse, capolavori fuggiti*, Bologna 2017, in part. pos. 2556 ss. ed. elettronica. Tra le notizie più recenti che hanno conquistato le pagine dei giornali italiani e stranieri vi è quella del rigetto, da parte della Cassazione (cfr. Cass. pen., sez. III, 2 gennaio 2019, n. 22), della richiesta del Getty Museum di annullare la confisca ordinata dal GIP di Pesaro sulla statua bronzea dell'Atleta Vittorioso, attribuita a Lisippo e ritrovata al largo delle coste di Pedaso nel 1964: cfr. S.U., *L'«Atleta vittorioso» di Lisippo è dell'Italia. La Cassazione respinge il Getty Museum*, «Il Sole 24Ore», 4 dicembre 2018; G. PIANIGIANI, *Italian Court Rules Getty Museum Must Return a Prized Bronze*, «The New York Times», 4 dicembre 2018; C. MICHALLON, *Getty Museum Ordered to Return 2,000-Year-Old Ancient Greek Statue by Italy Supreme Court*, «The Independent», 5 dicembre 2018. Sulla lunga vicenda giudiziaria della statua si vedano anche C. FENICI, *La confisca della statua denominata «Atleta Vittorioso»*, «Il merito online», 26 aprile 2010, e T. SCOVAZZI, *Dal Melgart di Sciacca all'Atleta di Lisippo*, «Rivista di diritto internazionale privato», 2011, 1, pp. 5 ss.

¹¹⁷ K. KUHLA, *Rätselhafte Fratzen. Kolumbianische Dorfbewohner verlangen antike Skulpturen vom Ethnologischen Museum Berlin zurück. Das will einen Präzedenzfall verhindern*, «Der Spiegel» 2014, 34, p. 47; M. SCATURRO, *Berlin's Rebuilt Prussian Palace to Address Long-Ignored Colonial Atrocities*, «The Guardian», 18 maggio 2015; G. SCHLIEß, *Kritik am Humboldt-Forum wird schärfer*, «DW», 13 agosto 2017; K. BROWN, *The Big Move to Berlin's Humboldt Forum Has Begun, as Pressure for Restitution of Colonial-Era Objects Grows*, «Artnet News», 11 giugno 2018 (<https://news.artnet.com/art-world/humboldt-forum-move-1293233>, ultimo accesso il 29 marzo 2019); G. BOWLEY, *A New Museum Opens Old Wounds in Germany*, «The New York Times», 12 ottobre 2018; C. HICKLEY, *Berlin's Humboldt Forum: How Its Director Plans to Confront Germany's Colonial Past*, «The Art Newspaper», 17 ottobre 2018; T. ROGERS, *Berlin's Troubled Humboldt Forum Pushes Back Opening*, «The New York Times», 13 giugno 2019.

isolare le culture non europee in una sfera di ‘esotismo’ e quindi di sostanziale alienità¹¹⁸.

Un dibattito che ha probabilmente contribuito a indirizzare l'impostazione del nuovo museo verso un modello espositivo differente dal passato (almeno da quanto si può evincere dalle dichiarazioni della sua direzione)¹¹⁹, più attento alla ricerca e alla presentazione al pubblico di informazioni quanto più possibile complete e veritiere sulla provenienza dei diversi oggetti in mostra e al loro inquadramento nel contesto della storia e della cultura dei popoli loro creatori, comprendente anche un (abbozzo di) piano di prestiti e mostre organizzate in collaborazione (ed eventualmente in condivisione) con istituzioni culturali dei paesi d'origine. Modello che si rifletterebbe anche nella partecipazione del museo stesso al Benin Dialogue Group¹²⁰, in vista dell'individuazione e implementazione di soluzioni pratiche, concordate e condivise, alla risalente e spinosa questione dei bronzi del Benin¹²¹, sottratti dall'esercito britannico nel corso della c.d. ‘spedizione punitiva’ del 1897 e attualmente dispersi (oltre che in collezioni private) in numerosi musei occidentali.

¹¹⁸ Cfr. la petizione *No Humboldt 21! Moratorium für das Humboldt-Forum im Berliner Schloss*, pubblicata il 13 giugno 2013, <http://www.no-humboldt21.de/resolution/english/> (ultimo accesso il 28 marzo 2019).

¹¹⁹ Cfr. HICKLEY, *Berlin's Humboldt Forum*, e N. MACGREGOR, *Es gibt nicht die eine Geschichte*, «Die Zeit - Magazin», 14, 2018 (disponibile anche come *The Danger of a 'Single' Story*, su <https://humboldtforum.com/en/stories/the-danger-of-a-single-story>, ultimo accesso il 29 marzo 2019). Va però osservato che la stessa Bénédicte Savoy, già membro del comitato consultivo dello Humboldt Forum, si è dimessa nel luglio del 2017 lamentando proprio una mancanza di sufficiente attenzione per le ricerche sulla provenienza dei beni destinati all'esposizione (HICKLEY, *Berlin's Humboldt Forum*).

¹²⁰ Questo gruppo di lavoro riunisce rappresentanti di primari musei europei (in particolare in Austria, Germania, Olanda, Svezia e Regno Unito), attualmente depositari di una parte delle sculture saccheggiate alla fine del XIX secolo, e rappresentanti delle istituzioni nigeriane, con l'obiettivo di costituire un nuovo museo a Benin City destinato a ospitare, a rotazione, i bronzi prestati su base periodica dai musei aderenti all'iniziativa, senza pregiudizio per la risoluzione, in ogni altra opportuna sede, delle questioni legali inerenti alla proprietà degli stessi beni. Cfr. MUSEUM VOLKENKUNDE, *Statement From Benin Dialogue Group*, comunicato stampa del 10 ottobre 2018 (<https://www.volkenkunde.nl/en/about-volkenkunde/press/statement-benin-dialogue-group-o>, ultimo accesso il 29 marzo 2019); K. BROWN, *Europe's Largest Museums Will Loan Looted Benin Bronzes to Nigeria's Planned Royal Museum*, «Artnet News», 22 ottobre 2018 (<https://news.artnet.com/art-world/benin-dialogue-group-october-2018-1376824>); T. MARKS, *Rethinking Restitution*, «Apollo», 189 (2019), 671, p. 17.

¹²¹ Cfr. *ex plurimis* GREENFIELD, *The Return of Cultural Treasures*, pp. 118 ss.; F. SHYLLON, *Unraveling History: Return of African Cultural Objects Repatriated and Looted in Colonial Times*, in J.A.R. NAFZIGER - A.M. NICGORSKI (eds.), *Cultural Heritage Issues: The Legacy of Conquest, Colonization and Commerce*, Leiden 2009, pp. 159 ss.

Un'iniziativa che, unitamente alla più recente adozione, a livello di *Länder*, di linee guida per la restituzione di beni di provenienza coloniale¹²², sembra porsi a sua volta sulla stessa linea¹²³ indicata dal recente rapporto Savoy-Sarr¹²⁴ (dai nomi degli studiosi che lo hanno redatto, su incarico del Presidente della Repubblica Francese), che tanta risonanza, nel bene e nel male, ha avuto non solo in Francia, ma in tutta Europa¹²⁵, e che, per altro, si spinge molto oltre il

¹²² Uno strumento di *soft law* che, come del resto il rapporto commissionato dal governo francese di cui sotto, non fornisce di per sé base legale a eventuali richieste di restituzione. Cfr. C. HICKLEY, *Culture Ministers from 16 German States Agree to Repatriate Artefacts Looted in Colonial Era*, «The Art Newspaper», 14 marzo 2019; C.F. SCHUETZE, *Germany Sets Guidelines for Repatriating Colonial-Era Artifacts*, «The New York Times», 15 marzo 2019. L'iniziativa politica è giunta circa un anno dopo che l'Associazione Tedesca dei Musei (*Deutsche Museumsbund* - DMB) aveva elaborato e pubblicato un proprio strumento di indirizzo, intitolato *Leitfaden zum Umgang mit Sammlungsgut aus kolonialen Kontexten - Guidelines for Dealing with Artefacts Acquired from Colonial Contexts* (Berlino, 2018, disponibile in inglese su <https://www.museumsbund.de/wp-content/uploads/2018/07/dm-b-guidelines-colonial-context.pdf>, ultimo accesso il 30 marzo 2019), di cui è stata recentemente annunciata una ulteriore revisione (cfr. *Colonial Art Restitution: German Museums Need Greater Cultural Awareness*, «DW», 2 luglio 2019). Per una presentazione critica cfr. ad es. P. OLTERMANN, *Germany Moves Slowly on Returning Museum Exhibits to Ex-Colonies*, «The Guardian», 17 maggio 2018; K. OPUKU, *Brief Comments on German Guidelines on Handling Objects Acquired in Colonial Contexts*, 10 ottobre 2018, <https://www.museumsbund.de/brief-comments-on-german-guidelines-on-handling-objects-acquired-in-colonial-contexts/> (ultimo accesso il 31 marzo 2019).

¹²³ Per una sintesi efficace delle diverse iniziative recenti che, in ambito europeo, stanno rimettendo in questione l'approccio tradizionale alla conservazione e presentazione delle collezioni di oggetti provenienti da culture un tempo soggette al dominio coloniale occidentale, nonché per una disamina critica delle ragioni non solo etiche, ma anche strategico-geopolitiche, sottostanti a tale repentina 'presa di coscienza', si veda ad es. A. ELLIS, *Museums in the Changing World Order: A Question of Ethics*, «The Art Newspaper», 22 febbraio 2019, e ID., *Museums in the Changing World Order: Restitution to Africa Reaches Tipping Point*, «The Art Newspaper», 5 aprile 2019.

¹²⁴ Cfr. F. SARR - B. SAVOY, *Rapport sur la restitution du patrimoine culturel africain. Vers une nouvelle éthique relationnelle*, novembre 2018 (http://restitutionreport2018.com/sarr_savoy_fr.pdf, ultimo accesso il 3 gennaio 2019).

¹²⁵ Le voci critiche non mancano, provenienti non solo dagli operatori del mercato dell'arte e dell'antiquariato, ma anche da molti esponenti di musei e istituzioni culturali pubbliche e private. Per un sunto cfr. ad es. K. BROWN, *'The Idea Is Not to Empty Museums': Authors of France's Blockbuster Restitution Report Say Their Work Has Been Misrepresented*, «Artnet News», 24 gennaio 2019 (<https://news.artnet.com/art-world/restitution-report-critics-1446934>, ultimo accesso il 26 gennaio 2019); A. HERMAN, *Legal Challenges Remain for Restituting African Artefacts from French Museums*, «The Art Newspaper», 28 novembre 2018; V. NOCE, *The Repatriation Debate Intensifies as Calls for Post-Colonial Restitution Grow - But Is It Legal?*, «The Art Newspaper», 27 dicembre 2018; S. REYBURN, *Restitution Fears Unsettle the Trade in African Art*, «The New York Times», 29 gennaio 2019 (meno allarmista però, ad es., A. SHAW, *Savoy-Sarr Report Fails to Dent Tribal Market, Says Tefaf Exhibitor*, «The Art Newspaper», 11 marzo 2019).

suggerimento di strategie, tutto sommato già ben collaudate¹²⁶, basate su prestiti temporanei o permanenti, scambi culturali e ricerche congiunte. Il documento propone infatti una più radicale politica di restituzione sistematica dei beni dalla provenienza discutibile, con la finalità di riconoscere che il loro possesso è fondato «su un atto moralmente discutibile», e di «cercare», quindi, «di rimettere le cose al loro giusto posto»: in questo senso, secondo gli estensori del rapporto, «parlare apertamente di restituzione significa parlare di giustizia, di riequilibrio, di riconoscimento, di reintegrazione e riparazione, ma soprattutto significa aprire la strada a stabilire nuove relazioni culturali che poggino su una ripensata etica della relazione»¹²⁷.

L'esplicito richiamo del documento francese alla necessità di non limitarsi solamente alle «questioni giuridiche relative alla legittimità dei diritti di proprietà», per aprirsi a più ampie considerazioni «politiche, simboliche, filosofiche e relazionali»¹²⁸, merita per altro qualche precisazione, e qualche *caveat* contro ogni tentazione di eccessiva semplificazione¹²⁹ di questioni estremamente intricate e sfaccettate, sul piano tanto giuridico quanto storico e politico. Il tema del rimpatrio di beni etnografico-antropologici presenta, infatti, complessità ulteriori¹³⁰ rispetto al pur già estremamente complesso tema generale delle restituzioni di opere d'arte o antichità illecitamente sottratte¹³¹.

¹²⁶ Cfr. *ex plurimis* R.K. PATERSON, *New Principles for Cooperation in the Mutual Protection and Transfer of Cultural Material*, «American Society of International Law - Proceedings of the Annual Meeting», 100, 2006, pp. 327-329; M. CORNU - M.-A. RENOLD, *New Developments in the Restitution of Cultural Property: Alternative Means of Dispute Resolution*, «International Journal of Cultural Property», 17 (2010), 1, pp. 20 s.

¹²⁷ Cfr. SARR - SAVOY, *Rapport sur la restitution du patrimoine culturel africain*, p. 25.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ Va osservato che lo stesso rapporto Savoy-Sarr mette in guardia contro ogni generalizzazione del processo di restituzione, riconoscendo sia che «solo una porzione degli oggetti» di provenienza africana è candidabile alla restituzione, sia che tale processo di restituzione dovrebbe essere progressivo, non solo per consentire un'adeguata ricerca sulla storia di ciascun pezzo, e sul suo significato storico, politico ed emotivo per le comunità di origine, ma anche per valutare «lo spirito con cui, nei musei occidentali, emozioni individuali e collettive, inaspettate fecondazioni e cristallizzazioni estetiche, si sono generate nel corso dei secoli – sviluppi che sono il cuore stesso dell'idea di cultura e di umanità. Cultura che non può essere intesa staticamente come una “somma di conoscenze”, ma in senso dinamico, come elaborazione e costruzione, meticcio e ibridazione». *Ibi*, pp. 37 s.

¹³⁰ Ampiamente in tema K. KUPRECHT, *Indigenous Peoples' Cultural Property Claims. Repatriation and Beyond*, New York-London-Dordrecht 2014.

¹³¹ Per una panoramica generale cfr. *ex plurimis* FORREST, *International Law*, pp. 136 ss.; BLAKE, *International*, pp. 50 ss.; CORNU - RENOLD, *New Developments*, pp. 1 ss.; M.-A. RENOLD, *International Tools: Return, Restitution and Beyond*, in MANACORDA - VISCONTI, *Beni culturali e sistema penale*, pp. 127 ss.; A. CHECHI, *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes*, Oxford 2014, in part. pp. 1 ss. e 65 ss.

Non solo, infatti, quanto più si va a ritroso nel tempo, tanto più è possibile che manchi una base legale per la richiesta di restituzione (ad. es. perché la legislazione del paese di origine, all'epoca, non prevedeva la proprietà pubblica e/o la necessità di autorizzazione per il recupero dei reperti archeologici; perché le autorità che concessero l'autorizzazione alla vendita e/o esportazione del bene erano quelle, legalmente in carica, di una potenza occupante; perché la spoliazione avvenne in un periodo in cui le odierne regole di diritto internazionale umanitario sulla protezione delle proprietà civili in tempo di guerra non si erano ancora formate; perché, più banalmente, il trascorrere del tempo ha determinato la prescrizione del diritto, o dell'azione); analogamente, tanto più risalente è l'asserita spoliazione, tanto più è probabile che manchino evidenze sufficienti circa la provenienza realmente illecita del bene (che potrebbe essere stato acquisito tramite commercio, donazione, scambio, senza forme di coercizione o frode)¹³², o circa chi possa legittimamente ritenersene il proprietario attuale (con rischi, non peregrini, di restituzione al soggetto 'sbagliato'¹³³). Né ci si scontra solo con problemi di legittimazione a restituire nei molti paesi (tra cui ad es. Francia¹³⁴ e Italia¹³⁵) i cui ordinamenti interni

¹³² Anche in questi casi, però, mantenere il possesso degli oggetti in questione e/o continuare a esibirli al pubblico nei musei potrebbe risultare molto discutibile ove si tratti di resti umani o comunque di oggetti dal pregnante valore religioso/spirituale e circondati da specifici tabù per una determinata popolazione: cfr. FORREST, *International Law*, p. 165; L. SMITH, *The Repatriation of Human Remains - Problem or Opportunity?*, «Antiquity», 78 (2004), 300, pp. 404 ss.; S. GALLAGHER, *Museums and the Return of Human Remains: An Equitable Solution?*, «International Journal of Cultural Property», 17 (2010), 1, pp. 65 ss.; v. anche J. PES, *It's Not Just Art That Indigenous People Are Fighting to Reclaim From Museums. They Want Their Ancestors' Remains Back, Too*, «Artnet News», 29 novembre 2018 (<https://news.artnet.com/market/its-not-just-art-that-indigenous-peoples-want-back-from-museums-they-want-their-ancestors-human-remains-too-1397737>, ultimo accesso il 20 marzo 2019); M. BAILEY, *Oxford Museum Rethinks Famed Display of Shrunken Heads*, «The Art Newspaper», 6 marzo 2019; A. MARSHALL, *Living Things, With No Bone or Tissue, Pose a Quandary for Museums*, «The New York Times», 21 marzo 2019.

¹³³ Per un esempio recente cfr. D. D'ARCY, *Austria Returns Wrong Klimt to Wrong Family*, «The Art Newspaper», 13 novembre 2018.

¹³⁴ Noto è il caso del tentativo, nel 2007, da parte del municipio di Rouen, di restituire alla comunità indigena di origine (*rectius*, alla Nuova Zelanda, rappresentante della stessa) una testa maori ospitata nella collezione del museo cittadino fin dal 1875: il tribunale amministrativo di Rouen prima, e la Corte d'Appello in seguito, annullarono tale decisione, e solo nel 2011 la testa poté essere riconsegnata a rappresentanti della comunità maori, a seguito di un atto legislativo autorizzativo del Parlamento francese (*Loi n. 2010-501 du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections*). Cfr. R. CONTEL - A.L. BANDLE - M.-A. RENOLD, *Affaire Tête Maorie de Rouen - France et Nouvelle-Zélande*, «ArThemis», marzo 2012, <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/tete-maorie-de-rouen-2013-france-et-nouvelles-zeelande> (ultimo accesso il 30 marzo 2019).

pongono problemi di inalienabilità degli oggetti facenti parte di collezioni pubbliche.

Quando si parla di manufatti frutto di pratiche e saperi tradizionali, infatti, possono porsi ulteriori e non indifferenti problemi di legittimazione *a ricevere*¹³⁶, dato che le comunità tribali cui gli oggetti sono riconducibili (ammesso che siano sopravvissute alle vicissitudini storiche...) non hanno di per sé personalità giuridica né di diritto interno né di diritto internazionale, dovendosi appoggiare, su tale ultimo fronte, agli Stati in cui risiedono, i quali ben potrebbero non aver interesse a rappresentarle (magari anche in ragione della frammentazione territoriale di queste in una pluralità di paesi, talora in conflitto tra loro), o essere loro stessi i riluttanti destinatari di richieste di ‘rimpatrio’¹³⁷ di beni acquisiti attraverso pratiche di imperialismo culturale e/o di esasperata centralizzazione.

¹³⁵ Nel nostro paese questo ‘nodo’ legale venne al pettine con particolare evidenza nel caso della restituzione alla Libia della c.d. ‘Venere di Cirene’, in cui il decreto ministeriale con cui veniva data esecuzione all’accordo tra lo Stato italiano e quello libico fu impugnato dall’associazione ‘Italia Nostra’ proprio in ragione dell’inalienabilità dei beni facenti parte di collezioni pubbliche (ma in quel caso sia il TAR sia il Consiglio di Stato ritennero la legittimità della restituzione effettuata in esecuzione di un accordo internazionale): cfr. TAR Lazio, sez. III *quater*, 28 febbraio 2007, n. 3518, e Cons. St., 23 giugno 2008, n. 3154; in dottrina, *ex plurimis*, P. CARPENTIERI, *La “contesa” della Venere di Cirene*, «Giurisprudenza di merito», 2007, 9, pp. 2410 ss.; N. RONZITTI, *Sugli obblighi di restituzione la sentenza amministrativa non convince*, «Guida al diritto», 2007, 21, pp. 100-103; A. CHECHI, *The Return of Cultural Objects Removed in Times of Colonial Domination and International Law: The Case of the Venus of Cyrene*, «The Italian Yearbook of International Law», 18, 2008, pp. 159 ss.; T. SCOVAZZI, *La restituzione dell’obelisco di Axum e della Venere di Cirene*, «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 2009, 3, pp. 555 ss.; ID., *La dimensione internazionale della tutela*, pp. 89 ss.

¹³⁶ Cfr. in part. FORREST, *International Law*, pp. 144 s.; BLAKE, *International*, pp. 20-22; CORNU - RENOLD, *New Developments*, p. 10; KUPRECHT, *Indigenous Peoples’ Cultural Property Claims*, *passim*, in part. pp. 46 ss. e 115 ss.

¹³⁷ Il termine ‘*repatriation*’ viene usato sia in un significato molto ampio, come sinonimo generico di ‘*restitution*’ (termine che, a sua volta, per lo più implica un furto o una sottrazione comunque illecita del bene) e di ‘*return*’ (termine usato in rapporto alle richieste di oggetti esportati illecitamente, in violazione delle discipline nazionali di diritto pubblico sulla circolazione internazionale dei beni culturali, o anche, più ampiamente, in relazione a oggetti esportati in modo ‘tecnicamente’ legale – sotto un regime coloniale o prima della formazione di regole internazionali consuetudinarie di segno contrario – ma moralmente e politicamente discutibile), sia in un significato più specifico, per riferirsi alla restituzione di oggetti di rilevanza culturale alla comunità di origine *all’interno* di una stessa compagine statale, sia tale comunità di origine identificabile come unità amministrativa autonoma (una regione o uno Stato federato), sia questa invece una comunità etnica o tribale priva di qualsiasi tipo di personalità giuridica. Su tali complesse questioni terminologiche si rinvia, anche per gli ulteriori riferimenti, *ex plurimis*, a FORREST, *International Law*, pp. 140-145; RENOLD, *International Tools*, pp. 127-134; C.A. ROEHRENBECK, *Repatriation of Cultural Property - Who Owns the Past? An Introduction to Approaches and to Selected Statutory*

Più ampiamente, l'intero universo concettuale-giuridico occidentale può rivelarsi inadeguato nel confronto con culture cui lo stesso concetto di 'proprietà' può risultare fundamentalmente alieno, in particolare in relazione a oggetti il cui valore culturale-spirituale, nella prospettiva nativa, si apprezza in termini comunitari e di responsabilità individuale¹³⁸.

Questo spiega, tra l'altro, perché particolarmente frequente sia, in questo ambito, l'impossibilità di ricorrere a strumenti giurisdizionali tradizionali, e perché, correlativamente, sia in crescita il ricorso a forme, più flessibili, di *alternative dispute resolution*¹³⁹, in grado non solo di contenere tempi e costi (spesso insostenibili per i richiedenti) rispetto alle procedure giurisdizionali, ma anche di proporre soluzioni 'creative' in grado di meglio soddisfare le esigenze più strettamente 'moralì', emotive e simboliche, sottostanti alle richieste di restituzione – ad esempio tramite l'inclusione negli accordi così raggiunti di dichiarazioni che riconoscano il valore del bene per la sua comunità di origine e/o l'ingiustizia della sua dislocazione, o di programmi di scambio di beni culturali, di conoscenze e di ricercatori, o di forme di accesso al bene e di uso rituale dello stesso per le popolazioni indigene¹⁴⁰; oppure, ancora, attraverso l'opzione per forme di titolarità condivisa o per programmi di prestito a lungo termine; con infinite possibili combinazioni di tutte queste e di ulteriori soluzioni, tra l'altro non sempre e necessariamente implicanti il

Instruments, «International Journal of Legal Information», 38 (2010), 2, pp. 185 ss. (in part. pp. 186 s.). Più ampiamente cfr. anche KUPRECHT, *Indigenous Peoples' Cultural Property Claims*, *passim*, in part. pp. 1-3 e 23 ss.

¹³⁸ Cfr. in part. KUPRECHT, *Indigenous Peoples' Cultural Property Claims*, pp. 42 ss.

¹³⁹ Cfr. in generale CORNU - RENOLD, *New Developments*, pp. 3 ss.; RENOLD, *International Tools*, pp. 134 ss.; ID., *Les litiges en matière de restitution de biens culturels - Exemples récents de résolutions alternative*, in AA.VV., *Le marché de l'art en Suisse - Du XIXe siècle à nos jours*, Lausanne 2011, pp. 341 ss.; più specificamente KUPRECHT, *Indigenous Peoples' Cultural Property Claims*, pp. 139 ss.

¹⁴⁰ Pratiche di questo tipo sono ad esempio incorporate nelle *Preventive Conservation Guidelines for Collections* del Canadian Conservation Institute: cfr. in part. M. CLAVIR - J. MOSES, *Caring for Sacred and Culturally Sensitive Objects*, Ottawa 2018, <https://www.canada.ca/en/conservation-institute/services/preventive-conservation/guidelines-collections/caring-sacred-culturally-sensitive-objects.html#b9> (ultimo accesso il 30 marzo 2019); in tema v. anche M. CLAVIR, *Reflections on Changes in Museums and the Conservation of Collections from Indigenous Peoples*, «Journal of the American Institute for Conservation», 35 (1996), 2, pp. 99 ss. Il problema di conciliare conservazione, accessibilità al pubblico, e valore spirituale e uso culturale, si ripropone, in realtà, per un novero molto più ampio di beni, mobili e immobili, dal significato religioso ancora attuale per determinate comunità: cfr. ampiamente H. STOVEL - N. STANLEY-PRICE - R. KILLICK (eds.), *Conservation of Living Religious Heritage. Papers from the ICCROM 2003 Forum on Living Religious Heritage: Conserving the Sacred*, Roma 2005.

(permanente) trasferimento fisico dei beni (o della totalità di questi) alla comunità di origine.

4. Conclusioni: sul contesto, ancora.

Ogni bene culturale è molto più di un oggetto materiale¹⁴¹; è molto più del suo valore economico di mercato; è molto più del suo valore estetico; è molto più anche del suo valore informativo sul piano storico o antropologico. Ogni bene culturale è prima di tutto una *storia*: una «testimonianza»¹⁴² e dunque (anche) una *narrazione* non solo delle sue origini e del suo viaggio nello spazio e nel tempo, ma ancor più del carico di *significati simbolici* che l'umanità gli ha attribuito e attribuisce. Ed è proprio questa natura intrinsecamente 'narrativa' che deve suggerirci quanto sia necessario applicare alle problematiche legate al patrimonio culturale quel 'metodo' giusletterario che, come si è avuto modo di discutere diffusamente altrove¹⁴³, rifiuta ogni semplificazione, ogni riduzione dell'infinita complessità dell'umano a schematismi e contrapposizioni ideologici, e assume invece il pluralismo dei punti di vista e il dialogo tra prospettive diverse quali cardini dell'approccio a ogni conflitto.

Certo è che la stessa carica simbolica ed espressiva di questi beni li ha esposti ed espone a sempre ricorrenti *pericoli*. La distruzione del patrimonio culturale dell'«altro» come arma di affermazione politica o religiosa, come strumento di pulizia etnica e genocidio culturale, come mezzo, in breve, di *dominio* sul *diverso* e *inferiore*, attraversa tutta la storia dell'umanità¹⁴⁴, fino alle più

¹⁴¹ Sulla pluralità di valori incarnata dai beni culturali, e sulle difficoltà di conciliare un'adeguata considerazione per tutti i diversi aspetti, immateriali ed economici, estetici e informativi, emotivi e scientifici, cfr. *ex plurimis* Forrest, *International Law*, pp. 3 ss.

¹⁴² A partire dagli anni Sessanta, con i lavori della c.d. Commissione Franceschini, che per prima ha introdotto nel dibattito politico e giuridico italiano i termini 'bene culturale' e 'patrimonio culturale', il nucleo centrale costitutivo del valore di un bene come, appunto, 'culturale' è stato identificato nel suo essere «testimonianza avente valore di civiltà» (così, attualmente, l'art. 2, co. 2 CBC). In tema si rinvia, *ex plurimis*, a M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1976, 1, pp. 3 ss.; S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, «Giornale di diritto amministrativo», 1998, pp. 673 ss.; G. SEVERINI, *Disposizioni generali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano 2012, pp. 20 ss.; L. CASINI, *Oltre la mitologia giuridica dei beni culturali*, «Aedon», 2012, 1-2 e ivi anche L. COVATTA, *I beni culturali e il mercato* (<http://www.aedon.mulino.it/>, ultimo accesso il 22 settembre 2018); TAMIOZZO, *La legislazione*, pp. 31 ss.; AINIS - FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, pp. 186 ss.; SCIULLO, *Patrimonio e beni*, p. 31.

¹⁴³ Si rinvia, per esigenze di sintesi, a VISCONTI, *Narratività, narrazione, narrazioni*, pp. 3 ss., e a EAD., *Memoria e comprensione*, pp. 74 ss.

¹⁴⁴ Cfr. *ex plurimis* F. FRANCONI - F. LENZERINI, *The Obligation to Prevent and Avoid Destruction of Cultural Heritage: From Bamyán to Iraq*, in B.T. HOFFMAN (ed.), *Art and*

recenti guerre balcaniche¹⁴⁵ e ai conflitti in Medio Oriente¹⁴⁶, Afghanistan¹⁴⁷, Mali¹⁴⁸, ecc. Lo stesso dominio violento esercitato con i saccheggi coloniali, con l'avidità acquisitiva¹⁴⁹ che ha portato in Europa e America all'accumulazione di 'collezioni' tanto estese quanto *mute* sulla realtà delle proprie origini o, ancora, con l'applicazione artificiosa di categorie giuridiche e scientifiche occidentali a mondi culturali da esse lontani.

È esattamente contro una tale ansia di *dominio* che un approccio 'giusletterario' a questo tema dovrebbe metterci in guardia – aiutato, in questo, anche dalla consapevolezza di quanto sia in sé cangiante, storicamente condizionata, e perpetuamente in evoluzione, la stessa idea di 'patrimonio

Cultural Heritage. Law, Policy and Practice, Cambridge 2006, pp. 28 ss.; A.M. MAUGERI, *La tutela dei beni culturali nel diritto internazionale penale. Crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, Milano 2008, pp. 229 ss.; FORREST, *International Law*, pp. 56 ss.; A. FRIGERIO, *Heritage Under Attack: A Critical Analysis of the Reasons Behind the Destruction of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, «Aedon», 2014, 2 (<http://www.aedon.mulino.it/>, ultimo accesso il 31 marzo 2019); J.D. KILA, *From Crimes against Art to Crimes against Cultural Property : New Perspectives and Dimensionas in Art Crime*, in J.D. KILA - M. BALCELLS (eds.), *Cultural Property Crime. An Overview and Analysis of Contemporary Perspectives and Trends*, Leiden 2015, pp. 170 ss.; J. BROSCHÉ - M. LEGNÉR - J. KREUTZ - A. IJLA, *Heritage Under Attack: Motives for Targeting Cultural Property during Armed Conflict*, «International Journal of Heritage Studies», 23 (2017), 3, pp. 248 ss.

¹⁴⁵ Cfr. in part. I. ORDEV, *Erasing the Past: Destruction and Preservation of Cultural Heritage in Former Yugoslavia*, «Occasional Papers on Religion in Eastern Europe», 28 (2004), 4, pp. 16 ss. (*Part I*) e ivi, 29 (2009), 1, pp. 1 ss. (*Part II*).

¹⁴⁶ Cfr. in part. K. CAMPION, *Blast through the Past: Terrorist Attacks on Art and Antiquities as a Reconquest of the Modern Jihadi Identity*, «Perspectives on Terrorism», 11 (2017), 1, pp. 26 ss.

¹⁴⁷ Cfr. anche F. FRANCIONI - F. LENZERINI, *The Destruction of the Buddhas of Bamiyan and International Law*, «European Journal of International law», 14 (2002), 4, pp. 619 ss.

¹⁴⁸ Cfr. in part. P. ROSSI, *The "Al Mahdi" Trial Before the International Criminal Court: Attacks on Cultural Heritage Between War Crimes and Crimes Against Humanity*, «Diritti umani e diritto internazionale», 2017, 1, pp. 87 ss.

¹⁴⁹ Come è stato fatto rilevare, «i musei hanno un posto speciale, e centrale, nel mondo della cultura. Nei paesi occidentali essi rappresentano per molti aspetti l'antitesi del brutale e grossolano sentiero tagliato a colpi d'ascia dal mondo degli affari, ma è da notare che seguono un codice simile – accumulazione in un mercato competitivo – anche se viene loro attribuita, e loro stessi presentano al mondo, un'immagine di servizio pubblico, valore educativo, conservazione della cultura, stimolo intellettuale e garbata eccentricità». Anche per questo, «malgrado le loro acquisizioni e collezioni siano finite sotto uno scrutinio sempre crescente man mano che il dibattito sulle spoliazioni di beni culturali e sulla loro restituzione guadagnava terreno, nel complesso il valore attribuito alle collezioni e mostre dei musei, in ambito culturale, continua a prestare al mercato dei beni culturali una certa misura di innocenza per associazione». Cfr. MACKENZIE, *Illicit Deals in Cultural Objects as Crimes of the Powerful*, p. 139.

culturale'¹⁵⁰: cosa è 'cultura'? quali significati simbolici vengono ricollegati, in tempi, luoghi, contesti diversi, agli stessi oggetti, agli stessi gesti, alle stesse pratiche? cosa viene considerato, qui e oggi, patrimonio meritevole di essere trasmesso in eredità alle generazioni future, e come è diversa questa selezione da quella operata da altre persone, in altri tempi e altri luoghi, o che sarà concepita in futuro e altrove?

Proprio una considerazione critica di questa infinita mutevolezza, pur all'interno di un valore universale di fondo (come universale e infinitamente cangiante e sfaccettata nelle sue manifestazioni individuali è la nostra comune umanità, e dunque la nostra comune dignità)¹⁵¹, del 'patrimonio culturale' dovrebbe fornirci i necessari anticorpi contro ogni forma di semplicismo e 'manicheismo' nella soluzione delle tante, dolorose, questioni lasciate aperte da un passato di conflitti e soprusi che proietta la sua lunga ombra sulla nostra società. Proposte radicali di totale 'epurazione' dei nostri patrimoni culturali nazionali dai loro 'scomodi' retaggi non sono allora, in definitiva, che speculari manifestazioni di quell'ansia di 'purezza' che ha alimentato passate politiche coloniali e razziste¹⁵², strategie di nascondimento e razionalizzazione destinate ad alimentare il ciclo del dominio e della violenza che l'inevitabile 'ritorno del rimosso' non può che riproporre ancora e ancora, seppur talora a parti invertite¹⁵³.

La polarizzazione politica e mediatica¹⁵⁴ del dibattito statunitense (di per sé positivo e doveroso)¹⁵⁵ sui monumenti dedicati agli 'eroi di guerra' sudisti, con

¹⁵⁰ Cfr. *ex plurimis* L.V. PROTT - P.J. O'KEEFE, 'Cultural Heritage' or 'Cultural Property'?, «International Journal of Cultural Property», 1 (1992), 2, pp. 307 ss.; J. BLAKE, *On Defining the Cultural Heritage*, «International and Comparative Law Quarterly», 49 (2000), 1, pp. 61 ss.; T. LOULANSKI, *Revising the Concept for Cultural Heritage: The Argument for a Functional Approach*, «International Journal of Cultural Property», 13 (2006), 2, pp. 207 ss.; FORREST, *International Law*, pp. 1-3.

¹⁵¹ Per esigenze di sintesi si rinvia qui, per ogni opportuno riferimento, a VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore*, pp. 507 ss.

¹⁵² Cfr. per tutti M.C. NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge* (2004), trad. it. di C. Corradi, Roma 2005, in part. pp. 135 ss.; in questo nostro percorso giusletterario v. in part. A. CATTANEO, *Jekyll, Hyde e l'altro*, in FORTI - MAZZUCATO - VISCONTI, *Giustizia e letteratura III*, pp. 398 ss.

¹⁵³ Cfr. per tutti, anche in rapporto ai traumi individuali e collettivi lasciati in eredità dall'*apartheid* sudafricano, C.N. VAN DER MERWE - P. GOBODO-MADIKIZELA, *Narrating Our Healing. Perspectives on Working through Trauma*, Cambridge 2008, in part. pp. 24 ss.

¹⁵⁴ Cfr., criticamente, H. COTTER, *We Need to Move, Not Destroy, Confederate Monuments*, «The New York Times», 20 agosto 2017; C. BENARD, *Destroying Confederate Monuments Hurts Us All - and Accomplishes Nothing*, «The National Interest», 3 settembre 2017 (<https://nationalinterest.org/print/feature/destroying-confederate-monuments-hurts-us-all%E2%80%94accomplishes-22142>, ultimo accesso il 31 marzo 2019).

gli episodi di violenza a cui ha talora condotto¹⁵⁶, è un buon esempio della sterilità di un tale approccio, buono solo a gettare benzina sul fuoco di conflitti mai affrontati alle loro radici storiche, sociali, politiche, economiche e culturali, e ad alimentare ciclici scoppi di violenza interrazziale.

Ma anche il tema delle restituzioni conosce analoghe esasperazioni di posizioni in ultima istanza sterili e 'ideologiche'. Tanto appare vuoto e autoreferenziale un certo tipo di approccio 'universalista'¹⁵⁷, che difende le idee di 'oggetto culturale globale', di 'museo universale' e di 'libera circolazione' dei beni culturali, in funzione di strumentale giustificazione del mantenimento, senza alcuna rivalutazione critica, dello *status quo*, quanto risultano limitate e, in ultima istanza, miopi talune proposte di 'restituzione integrale'. Approcci di questo tipo, infatti, perdono di vista che un vero processo di 'decolonizzazione' culturale – di liberazione della cultura da forme variamente mascherate di 'eurocentrismo' – «non [è] una questione di sostituire un centro focale» di visione culturale del mondo «con un altro», e che «i problemi nasc[ono] solo quando le persone [cercano] di strumentalizzare la prospettiva di un qualsiasi centro e generalizzarla come se fosse 'la' realtà universale»¹⁵⁸. Si finisce così talora per collegare al mero atto *materiale* della ricollocazione spaziale un significato ideologico che oscura e recide ogni possibile considerazione per legami inter-culturali e inter-temporali non solo creatisi nel corso delle vicende attraversate dagli oggetti 'reclamati', ma talora addirittura fondativi, essenziali nel loro stesso processo creativo, come è ad esempio il caso degli avori

¹⁵⁵ Cfr. la bibliografia e il comunicato stampa diffusi dall'American Historical Association nell'agosto 2017: <https://www.historians.org/news-and-advocacy/aha-advocacy/aha-statement-on-confederate-monuments> (ultimo accesso 31 marzo 2019).

¹⁵⁶ Cfr. ad es. M. ASTOR, *Protesters in Durham Topple a Confederate Monument*, «The New York Times», 4 agosto 2017; J. FORTIN, *The Statue at the Center of Charlottesville's Storm*, «The New York Times», 13 agosto 2017; N. LEWIS, *Violence Again Spurs Cities to Remove Confederate Monuments, but Many Find Hurdles to Doing So*, «The Washington Post», 17 agosto 2017; K. MINDOCK, *As Cities Rush to Remove Confederate Symbols after Charlottesville Activists in Hollywood, Florida Fear Violence*, «The Independent», 20 agosto 2017; N. CHAVEZ, *These Are the Monuments Vandalized after Charlottesville*, CNN, 22 agosto 2017, <https://edition.cnn.com/2017/08/18/us/monuments-memorials-vandalized-charlottesville/index.html> (ultimo accesso il 31 marzo 2019).

¹⁵⁷ Cfr. altresì, anche per gli opportuni riferimenti, R. ZAKARIA, *Looted Art and the 'Universal Museum': Can 21st-Century Collections Ever Escape Colonialism's Violent Legacy?*, «Frieze», 28 novembre 2018 (<https://frieze.com/article/looted-art-and-universal-museum-can-21st-century-collections-ever-escape-colonialisms>, ultimo accesso il 31 marzo 2019). Per una discussione critica di come tale approccio possa ripresentarsi sotto vesti 'New Age' e apparentemente 'decolonizzate', cfr. anche P. PENN HILDEN, *Race for Sale: Narratives of Possession in Two "Ethnic" Museums*, «TDR», 44 (2000), 3, pp. 11 ss.

¹⁵⁸ Cfr. NGŪGĪ WA THIONG'O, *Moving the Centre: The Struggle for Cultural Freedoms*, Oxford-Nairobi-Portsmouth 1993, p. 4.

realizzati da artigiani *sapi* su committenza portoghese nel corso del XV e XVI sec., i quali uniscono geneticamente elementi stilistici africani ed europei¹⁵⁹, e che ciò malgrado, secondo talune prese di posizione¹⁶⁰, dovrebbero essere *integralmente* reclamati dalla, e ‘restituiti’ alla, Sierra Leone, per rimediare alla corrente totale (e come tale certamente ‘ingiusta’, da un punto di vista culturale) dispersione *fuori* dal continente africano¹⁶¹, nonché all’(effettiva) «ingiustizia epistemica»¹⁶² legata al misconoscimento in occidente, per lunghi secoli, del valore autenticamente artistico e creativo del lavoro degli intagliatori africani che realizzarono queste opere.

A questi esempi di polarizzazione ‘ideologica’, ‘oppositiva’, ‘divisiva’, vorremmo invece contrapporre conclusivamente alcuni esempi di un approccio diverso – dialogico, problematizzante, solidale, ‘con-divisivo’ – che, ci pare, mette al centro la consapevolezza dell’importanza primaria della *relazione*, e dunque anche del *contesto* (e della sua eventuale necessità di *ricostruzione*) come *rete* di relazioni tra l’oggetto culturale e quell’umanità di cui esso costituisce al tempo stesso espressione e stimolo.

Il primo, e forse più noto, è il lungo percorso di ‘reinvenzione’ – più che semplice ristrutturazione – del Museo dell’Africa di Bruxelles, nato nel 1898 come Museo Reale dell’Africa Centrale per fornire una ‘vetrina’ in cui ‘esibire’ le ricchezze dello Stato Libero del Congo, proprietà personale di re Leopoldo II¹⁶³. Già da tempo divenuto un’importante istituzione di ricerca internazionale al centro di progetti di collaborazione con storici, antropologi e scienziati di una ventina di paesi africani, il museo è stato recentemente riaperto¹⁶⁴ dopo un

¹⁵⁹ Cfr. diffusamente E. BASSANI - W.B. FAGG, *Africa and the Renaissance: Art in Ivory*, New York 1988, in part. p. 57.

¹⁶⁰ Cfr. RAMATU MUSA, *The Sapi-Portuguese Ivories as ‘National Treasures’ of the Republic of Sierra Leone: A Moral Case for Repatriation*, relazione presentata alla *Third All Art and Cultural Heritage Law Conference*, Ginevra, 10 novembre 2018, in corso di pubblicazione nella «Santander Art & Culture Law Review», 2019.

¹⁶¹ Solo uno di questi manufatti è attualmente ospitato in un museo africano, il Nigerian National Museum: cfr. BASSANI - FAGG, *Africa and the Renaissance*, pp. 225 ss. (in part. p. 226).

¹⁶² In tema cfr. ampiamente M. FRICKER, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, Oxford 2007.

¹⁶³ Cfr. J.M. RAHIER, *The Ghost of Leopold II: The Belgian Royal Museum of Central Africa and Its Dusty Colonialist Exhibition*, «Research in African Literatures», 34 (2003), 1, pp. 58 ss. Sulle vicende del colonialismo belga in Congo v. anche V. VIAENE, *King Leopold’s Imperialism and the Origins of the Belgian Colonial Party, 1860-1905*, «The Journal of Modern History», 80 (2008), 4, pp. 741 ss., e G. SERTOLI, *Introduzione*, in J. CONRAD, *Cuore di tenebra* (1899), trad. it. di A. Rossi e G. Sertoli, a cura di G. Sertoli, Torino 2016, pp. VIII-XI.

¹⁶⁴ Cfr. D. PSALEDAKIS - I. LOHMAN, *Belgium’s Africa Museum Reopens to Confront Its Colonial Demons*, «Reuters», 8 dicembre 2018 ([https://www.reuters.com/article/us-](https://www.reuters.com/article/us-194)

lungo processo di ripensamento della sua filosofia di fondo¹⁶⁵, che ha comportato una completa riorganizzazione dell'esposizione permanente attorno a una narrazione, icastica e pregnante anche sul piano artistico, delle violenze, fisiche ma anche culturali, del colonialismo belga in Africa. A questa componente di recupero della memoria¹⁶⁶ si accompagna un'analisi delle razionalizzazioni caratteristiche della mentalità coloniale eurocentrica e una parallela attenzione a stabilire connessioni con la realtà culturale dell'Africa contemporanea. Malgrado il percorso sia tutt'altro che perfetto e compiuto – emblematico il fatto che l'istituzione manchi ancora proprio di una chiara *policy* in materia di restituzioni, pur avendo costituito un gruppo di lavoro dedicato¹⁶⁷ – esso certamente si indirizza lungo quel cammino di decolonizzazione e 'risocializzazione'¹⁶⁸ dei beni, volto¹⁶⁹ a spezzare l'egemonia culturale occidentale nella presentazione dei diversi oggetti e a ricostruire questa tipologia di musei come narrazioni del problematico rapporto con l'altro' e, al tempo stesso, come centri di ricerca sulla provenienza di ciascun oggetto posseduto, in vista vuoi di una sua restituzione, vuoi di una ricontestualizzazione che 'renda giustizia' alle sue origini e alla sua storia. Ma un'esperienza ancora più significativa – più 'esemplarmente giusta' e 'giustamente esemplare'¹⁷⁰ – è quella che ha interessato recentemente il Museo

belgium-museum-africa/belgiums-africa-museum-reopens-to-confront-its-colonial-demons-idUSKBN1O7003, ultimo accesso il 30 marzo 2019); E.M. DE WACHTER, *Has Belgium's Newly Reopened Africa Museum Exorcized the Ghosts of its Colonial Past?*, «Frieze», 11 dicembre 2018.

¹⁶⁵ Cfr. diffusamente (e criticamente) D.L. SILVERMAN, *Diasporas of Art: History, the Tervuren Royal Museum for Central Africa, and the Politics of Memory in Belgium, 1885-2014*, «The Journal of Modern History», 87 (2015), 3, pp. 615 ss.

¹⁶⁶ Su cui cfr. anche SARR - SAVOY, *Rapport sur la restitution du patrimoine culturel africain*, pp. 26 s.

¹⁶⁷ Cfr. DE WACHTER, *Has Belgium's Newly Reopened Africa Museum*; PSALEDAKIS - LOHMAN, *Belgium's Africa Museum Reopens*; D. BOFFEY, *Belgium's Revamped Africa Museum Triggers Request by DRC*, «The Guardian», 8 dicembre 2018.

¹⁶⁸ Cfr. SARR - SAVOY, *Rapport sur la restitution du patrimoine culturel africain*, p. 27. V. anche M. SIMPSON, *Museums and Restorative Justice: Heritage, Repatriation and Cultural Education*, «Museum International», 61 (2009), 1-2, pp. 121 ss.

¹⁶⁹ Cfr. anche M. VON OSWALD, *What Kind of Postcolonial Museum? The Circulation of Objects as a Postcolonial Lever*, «African Arts», 45 (2012), 4, pp. 5 s.

¹⁷⁰ Cfr. A. FERRARA, *La forza dell'esempio. Il paradigma del giudizio*, Milano 2008, p. 18: «La forza dell'esempio è la forza di ciò che esercita attrattiva su di noi, in tutti i campi della vita [...] in virtù della congruenza singolare ed eccezionale che ciò che è esemplare realizza e palesa fra il piano della realtà e il piano della normatività». In merito alla fondamentale importanza, per una reale e diffusa osservanza delle regole, che i *precetti* dell'ordinamento, specialmente penale, siano dotati di una qualità di «validità esemplare», che non derivi solo dal fatto di essere «post[i] con la forza dell'autorità o im-post[i] con la violenza di una pena (minacciata o inflitta)», bensì dall'attenzione prestata alla concretezza dei «beni (suscettibili

di Brooklin in relazione alle ricerche compiute in merito alla provenienza di un costume yoruba (noto come *egúngún*) donato al museo nel 1998¹⁷¹. In vista di una mostra monografica¹⁷², la neo curatrice della sezione di arte africana, Kristen Windmuller-Luna, ha deciso di intraprendere una lunga, complessa e meticolosa opera di ‘scavo’ alle radici di questo singolo oggetto, del suo significato spirituale per gli Yoruba e della sua storia individuale, fino a rintracciare due anziani della famiglia Lekewogbe, dal cui tempio domestico il manufatto, si è così scoperto, era stato rubato nel 1948. Confrontandosi dunque con i familiari dell’oggetto (considerato in quella cultura portatore di una sua essenza immortale analoga a quella di ogni essere umano), la decisione circa l’eventuale restituzione è stata presa nel dialogo con la comunità di appartenenza: attraverso una cerimonia di divinazione guidata da uno sciamano (*babaláwo*), con la partecipazione dell’intera famiglia e della stessa curatrice, si è stabilito di consentire al museo di conservare la maschera quale parte delle sue collezioni e di esibirla al pubblico, unitamente a una riproduzione fotografica del nuovo *egúngún*, ‘figlio’ del precedente e suo successore nell’essenza spirituale. La mostra ha inoltre incorporato una serie di interviste videoregistrate con anziani della comunità yoruba ed esperti di arte e artigianato tessile nigeriani, presentando ogni oggetto attraverso didascalie esplicative in lingua inglese e yoruba, per far risaltare la ‘voce’ e il senso di ciascuno.

Un’impostazione esemplare di un modello inclusivo, che pone al centro il dialogo – tanto col passato quanto con l’‘altro’ – e il coinvolgimento della comunità, non solo di origine, ma anche locale (attraverso la collaborazione, tra l’altro, con il leader della comunità yoruba di Brooklin), e di un paziente, «perseverante» lavoro di ricerca di quelle minuscole «briciole di pane» in grado di aprire sempre nuovi percorsi di memoria e dialogo¹⁷³.

Esempi come quelli appena illustrati sottendono, ci sembra, un fondamentale impegno di *solidarietà*, sia interculturale, sia intergenerazionale, sia più

di offesa) cui gli esseri umani ‘per come sono fatti’ (per le loro particolari “forme di vita”), tendenzialmente aspirano e di cui fanno esperienza», così come da quella prestata all’«esemplarità» di segno opposto dei comportamenti lesivi i quali, proprio ferendo le “forme di vita”, ingiungono un discernimento intorno a ciò che dovrebbe essere protetto», cfr. C. MAZZUCATO, *Giustizia esemplare. Interlocuzione col precetto penale e spunti di politica criminale*, in M. BERTOLINO - G. FORTI - L. EUSEBI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli 2011, pp. 119 s.

¹⁷¹ Cfr. N. KENNEY, *Brooklyn Museum’s Detective Work Reveals Original Owners of African Mask*, «The Art Newspaper», 7 febbraio 2019.

¹⁷² Cfr. *One: Egúngún (February 8 - August 18, 2019)*, https://www.brooklynmuseum.org/-exhibitions/one_egungun (ultimo accesso il 31 marzo 2019).

¹⁷³ Cfr. K. Windmuller-Luna, come citata in KENNEY, *Brooklyn Museum’s Detective Work*.

strettamente internazionale. Un profilo, quello della cooperazione e solidarietà tra Stati agli estremi opposti del movimento dei beni culturali, da sempre tanto essenziale (anche) al contenimento del traffico illecito di beni culturali contemporaneo, quanto problematico, per la netta contrapposizione di interessi che tradizionalmente divide *source countries* e *market states*¹⁷⁴. Eppure, anche su questo fronte si registrano negli ultimi anni alcuni passi avanti particolarmente significativi.

Tra questi, merita di essere ricordata la riforma organica, nel 2016, della legislazione tedesca sui beni culturali (*Kulturgutschutzgesetz*), che, nel rafforzare la protezione del patrimonio culturale nazionale (tra l'altro) attraverso l'introduzione di un sistema di licenze di esportazione fuori dai confini nazionali, ha però contestualmente previsto un sistema di controlli anche per l'*importazione* di beni culturali da paesi terzi¹⁷⁵, volendo così dare attuazione a quell'interpretazione solidaristica dell'art. 3 della Convenzione UNESCO del 1970¹⁷⁶ da così lungo tempo invocata dai paesi vittima di sistematiche depredazioni dei loro patrimoni culturali¹⁷⁷.

Un approccio alla cui diffusione a livello europeo dovrebbe ora dare impulso il nuovo Regolamento UE 2019/880 sull'importazione di beni culturali nell'Unione Europea¹⁷⁸ che, pur motivato da preoccupazioni più 'securitarie'

¹⁷⁴ V. *supra*, nota 79.

¹⁷⁵ Cfr. R. PETERS, *The Protection of Cultural Property: Recent Developments in Germany in the Context of New EU Law and the 1970 UNESCO Convention*, «Santander Art & Culture Law Review», 2 (2016), 2, pp. 85 ss. In particolare, si sottolinea come la nuova legge tedesca «riposi sulla semplice equazione in base alla quale un bene culturale esportato illecitamente da uno Stato viene considerato importato illecitamente in Germania» (*ibi*, p. 97).

¹⁷⁶ *Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property*, Parigi 1970. La Convenzione ha a oggi 140 Stati membri, ma i livelli di effettiva implementazione in ciascuno di essi sono estremamente variabili, essendo spesso condizionati, nei paesi-fonte, dalla scarsità di risorse da destinare alla protezione del patrimonio culturale nazionale e, nei paesi importatori, da mancanza di volontà politica. Cfr. per tutti FORREST, *International Law*, pp. 166 s. e 191 ss.

¹⁷⁷ In merito ai contrasti interpretativi sul significato da attribuire all'art. 3, in termini di obblighi di controllo sull'*importazione* di beni illecitamente esportati dal territorio di un altro Stato parte della Convenzione, cfr., anche per ulteriori riferimenti, FORREST, *International Law*, pp. 174 ss. Tra i commentatori schierati nettamente a favore di tale interpretazione estensiva dell'art. 3 cfr. ad es. P.J. O'KEEFE, *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*, Built Wells 2007, p. 54.

¹⁷⁸ Regolamento (UE) 2019/880 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 relativo all'introduzione e all'importazione di beni culturali, entrato parzialmente in vigore il 7 giugno 2019, e la cui compiuta efficacia è prevista, a seguito dell'adozione di una serie di regolamenti applicativi da parte della Commissione Europea, entro il 28 giugno 2015 (art. 16). Per un primo commento critico si vedano ad es. K. FITZ GIBBON, *Art Imports to EU Threatened by Draconian Regulation*, «Cultural Property News», 29 dicembre 2018, <https://culturalpropertynews.org/art-imports-to-eu-threatened-by-draconian-regulation/>

che solidaristiche (il timore che il traffico di beni culturali sia utilizzato in funzione del finanziamento del terrorismo e del crimine organizzato)¹⁷⁹, è certamente all'origine, insieme con la recente firma della Convenzione di Nicosia sui reati contro il patrimonio culturale¹⁸⁰, del 'tardivo risveglio' manifestatosi in Italia col recente disegno di legge in materia di riforma dei reati contro il patrimonio culturale¹⁸¹, in cui una nuova fattispecie di 'importazione illecita' dovrebbe affiancare il più tradizionale reato di esportazione illecita¹⁸². Va notato come proprio il nostro paese, nonostante la

(ultimo accesso il 28 giugno 2019); P. VALENTIN - F. ROGERS, *The Proposed EU Regulations on the Import of Cultural Goods*, «Art@Law», 15 gennaio 2019, <https://www.artatlaw.com/latest-articles/the-proposed-eu-regulations-on-the-import-of-cultural-goods> (ultimo accesso il 30 giugno 2019); EAD., *Adoption of the Regulation on the Import of Cultural Goods: Start Preparing Now!*, «Art@Law», 13 giugno 2019, <https://www.artatlaw.com/blog/adoption-of-the-regulation-on-the-import-of-cultural-goods-start-preparing-now> (ultimo accesso il 15 luglio 2019); F. ROGERS, *Deciphering the EU's New Rules on the Import of Cultural Goods*, «Apollo», 10 luglio 2019, <https://www.apollo-magazine.com/european-union-regulation-import-cultural-goods/> (ultimo accesso il 15 luglio 2019).

¹⁷⁹ Cfr. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Import of Cultural Goods*, COM/2017/0375 final - 2017/0158 (COD) – *Explanatory Memorandum*. Particolarmente critica sul punto FITZ GIBBON, *Art Imports to EU Threatened by Draconian Regulation*.

¹⁸⁰ Cfr. *Council of Europe Convention on Offences relating to Cultural Property*, aperta alla firma a Nicosia il 19 maggio 2017 e sottoscritta dall'Italia il 24 ottobre 2017. Cfr. P. ZOERLE, *Novità sovranazionali*, «Processo penale e giustizia», 2017, 5, <http://www.processopenalee-giustizia.it/novita-sovranaazionali-fascicolo-5-2017> (ultimo accesso il 31 marzo 2019); L. D'AGOSTINO, *Dalla "vittoria di Nicosia" alla "navetta" legislativa: i nuovi orizzonti normativi nel contrasto ai traffici illeciti di beni culturali*, «Diritto penale contemporaneo – rivista trimestrale», 2018, 5, pp. 78 ss., in part. pp. 81-84.

¹⁸¹ È per altro fortemente significativo dell'atteggiamento esasperatamente punitivo e semplificatorio dell'attuale politica legislativa italiana il fatto che la proposta di introduzione di un reato in materia di importazione di beni culturali preceda qualsiasi iniziativa di *regolamentazione amministrativa* della stessa questione. Sulla corrente «sanzionorrea» che affligge la nostra società e i nostri legislatori, e sull'effetto deleterio ('corruttivo') in termini di equità, sostenibilità e reale efficacia preventiva dell'intero sistema ordinamentale, cfr. FORTI, *La cura delle norme*, in part. pp. 113 ss.

¹⁸² Cfr. d.d.l. S. 882, *Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale*, approvato dalla Camera dei Deputati il 18 ottobre 2018. V. in particolare il proposto nuovo art. 518 *decies* c.p. Va precisato che il testo di tale articolo appare ricalcare pressoché testualmente quello dell'art. 5 della Convenzione di Nicosia (nella cui attuazione il legislatore italiano opta per l'uso della sanzione penale anziché amministrativa), mentre la corrispondenza con le previsioni sanzionatorie del nuovo Regolamento appare meno netta. Se, da un lato, l'attuale formulazione può anche apparire sostanzialmente in grado di 'coprire' il disposto degli artt. 3.1 e 11 del Reg. 2019/880 (che dovrà essere attuato dagli Stati Membri entro il 28 dicembre 2020), nulla nel presente testo del d.d.l. appare prendere in considerazione il disposto degli artt. 4, 5 e 11 del Regolamento (da attuarsi entro il 28 giugno 2025). Vero che le false dichiarazioni all'atto della richiesta di una «licenza di importazione» (art. 4) o nella presentazione della «dichiarazione dell'importatore» (art. 5) potranno sempre

lunga e dolorosa esperienza di ‘vittimizzazione’ a opera dei trafficanti internazionali, si sia sempre regolato, in materia di normazione¹⁸³ dell’ingresso di beni culturali, alla stregua dei più liberali tra gli Stati importatori¹⁸⁴, secondo un modello ‘doppiopesista’ per altro replicato anche rispetto a questioni di restituzione postcoloniale¹⁸⁵ e/o postbellica¹⁸⁶. Una forma di ‘cecità selettiva’ che può trovare il suo antidoto solo in un impegno prima di tutto culturale a fare costante esercizio di *memoria* e *responsabilità* in ogni aspetto della ‘gestione’ dei beni culturali, nostri e altrui.

ricadere sotto le fattispecie ordinarie a tutela della fede pubblica (ma si noti che, in materia di illecita esportazione, il legislatore è andato nella direzione di una previsione speciale: cfr. art. 518 *undecies*, co. 2, d.d.l.), la semplice introduzione senza licenza di importazione, nel territorio eurounitario, di un bene soggetto a necessario ottenimento della stessa ex art. 5 Reg. risulta, nell’attuale formulazione della proposta di legge, del tutto ‘scoperta’ non solo sul piano penale – scelta non obbligata dall’art. 11 Reg. – ma anche sul piano di una eventuale sanzione amministrativa.

¹⁸³ Va detto che la prassi delle nostre agenzie di controllo – in particolare dello specializzato Comando Carabinieri Tutela Patrimonio Culturale – è invece da sempre di ampia collaborazione rispetto alle richieste di cooperazione investigativa per il recupero di beni illecitamente sottratti all’estero e recuperabili sul territorio italiano: cfr. COMANDO CARABINIERI TPC, *Attività operativa 2017, passim*; v. anche recenti notizie di stampa: *Amsterdam, tornano in mostra due Van Gogh recuperati dall’Italia*, «La Repubblica», 21 marzo 2017; *L’Italia restituisce alla Cina 796 reperti paleontologici e archeologici*, «Corriere Nazionale», 22 marzo 2019.

¹⁸⁴ Cfr. per tutti F. MANTOVANI, *Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1976, pp. 55 ss., in part. p. 110; DEMURO, *Beni culturali*, pp. 153 s.; S. MANACORDA, *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Circolazione dei beni culturali mobili*, pp. 13 s.; in relazione alle prime versioni del pendente disegno di legge, che pure omettevano di considerare l’ipotesi di importazione illecita, v. anche D’AGOSTINO, *Dalla “vittoria di Nicosia” alla “navetta” legislativa*, pp. 91 s.

¹⁸⁵ Cfr. SCOVAZZI, *La restituzione dell’obelisco di Axum e della Venere di Cirene*, pp. 555 ss.; in una prospettiva non confinata alle sole restituzioni di beni sottratti durante l’epoca coloniale cfr. anche I. SCEGO, *L’Italie dénonce le colonialisme des autres, sans vouloir nommer le sien*, «Le Monde», 3 febbraio 2019.

¹⁸⁶ L’Italia, pur avendo formalmente aderito ai c.d. Principi di Washington (*Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art*, 3 dicembre 1998: <https://www.lootedartcommission.com/Washington-principles>, ultimo accesso il 31 marzo 2019) risulta a oggi, insieme con Ungheria, Russia, Polonia e Spagna, uno dei paesi che hanno operato il minor numero di restituzioni di opere d’arte sottratte nel periodo dell’occupazione nazista, a causa di una sostanziale inerzia nell’attuazione dei principi stessi rispetto a oggetti originariamente in proprietà privata. Cfr. W.D. COHAN, *Five Countries Slow to Address Nazi-Looted Art, U.S. Expert Says*, «The New York Times», 26 novembre 2018; S. CASCONI, *Italy Dragging Its Feet on Nazi Loot Restitution*, «Artnet News», 10 settembre 2014, <https://news.artnet.com/art-world/italy-dragging-its-feet-on-nazi-loot-restitution-98169> (ultimo accesso il 31 marzo 2019); EAD., *It’s Been 20 Years Since the Creation of the ‘Washington Principles’ to Return Nazi-Looted Art. But How Effective Have They Been?*, «Artnet News», 27 novembre 2018, <https://news.artnet.com/art-world/washington-principles-nazi-looted-art-agreement-turns-20-1403614> (ultimo accesso il 31 marzo 2019).

È solo un lento, complesso e *paziente* lavoro di *ricerca* delle antiche relazioni violentemente tagliate, di *riparazione* dei legami infranti – non solo tra l’oggetto e il suo contesto originario, ma tra perpetratori e vittime di tale violenta rescissione – e di *tessitura* di *nuove* e fruttuose relazioni di scambio culturale che, ci sembra, può dare veramente *sensu* a un impegno di conservazione e trasmissione del patrimonio culturale di respiro *autenticamente* universale.

Solo applicando anche alle contese sui beni culturali un modello riparativo di giustizia¹⁸⁷ si può sperare di raggiungere, insieme e oltre a una ‘soluzione’ condivisa della singola, specifica questione di restituzione, una forma di *riconciliazione* tra popoli e culture oggi ancora amaramente divisi da una storia di conflitti e sopraffazioni¹⁸⁸ che hanno lasciato cicatrici molto più profonde di quelle pur visibili sulla ‘superficie’ di monumenti, paesaggi, manufatti. Solo a queste condizioni la ‘guarigione’ di vittime e perpetratori di un passato coloniale che, volenti o nolenti, ci unisce tutti con un laccio che non potrà mai essere tagliato (ma solo *trasformato*, con impegno e fatica, in autentico *legame relazionale*) potrà essere raggiunta, *anche* attraverso

¹⁸⁷ Merita ricordare che il modello della giustizia riparativa (che, in termini molto generali, può essere descritta come una forma di risposta al reato che coinvolge vittima, responsabile e la collettività tutta nella ricerca di soluzioni volontarie agli effetti negativi del crimine e di modalità di riparazione, in senso ampio, delle sue conseguenze, con l’obiettivo di risanare i legami sociali danneggiati dalla condotta illecita e di fornire tanto alla vittima, quanto al reo, una possibilità di effettivo riconoscimento) presenta un’innata vocazione al coinvolgimento di più ampi rapporti comunitari nei processi riconciliativi. Per maggiori approfondimenti si rinvia, *ex plurimis*, a J. BRAITHWAITE, *A Future Where Punishment is Marginalized: Realistic or Utopian?*, «UCLA Law Review», 46 (1999), 6, pp. 1727 ss.; ID., *Setting Standards for Restorative Justice*, «British Journal of Criminology», 42 (2002), pp. 563 ss.; M. UMBREIT - M. PETERSON ARMOUR, *Restorative Justice Dialogue. An Essential Guide for Research and Practice*, New York 2011, *passim*; A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in ID. (a cura di), *Scritti in ricordo di Giandomenico Pisapia*, III, Milano 2000, pp. 717 ss.; ID., *Per una convergenza di sguardi. I nostri tragitti e quelli della Commissione per la verità e la riconciliazione sudafricana*, in G. BERTAGNA - A. CERETTI - C. MAZZUCATO (a cura di), *Il libro dell’incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Milano 2015, pp. 219 ss.; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano 2003, *passim*; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, in G. COSÌ - M.A. FODDAI (a cura di), *Lo spazio della mediazione*, Milano 2003, pp. 151 ss.; EAD., *Oltre la bilancia e la spada: alla ricerca di una giustizia della reliance. Scenari giuridici per le pratiche di mediazione dei conflitti*, in E. SCABINI - G. ROSSI (a cura di), *Rigenerare i legami: la mediazione nelle relazioni familiari e comunitarie*, Milano 2003, pp. 149 ss.

¹⁸⁸ Cfr. anche, in particolare, C. MAZZUCATO, *Il Sudafrica, ovvero il problema della presenza dell’“altro” e la sfida della giustizia*, in POTESTÀ - MAZZUCATO - CATTANEO, *Storie di giustizia riparativa*, pp. 165 ss.

l'impegno condiviso a *prendersi cura*¹⁸⁹ di un patrimonio culturale che sia *veramente* vissuto come 'bene comune' dell'umanità tutta.

Certamente non si tratta di un percorso né semplice, né breve, in bilico com'è sul crinale affilato della tentazione, sempre presente in ogni viaggio e per ogni viaggiatore, di affermare il proprio dominio su luoghi e popoli 'attraversati' e mai autenticamente 'incontrati'¹⁹⁰. E tuttavia, come ci ricorda quel grande narratore di viaggi fisici e metaforici dalle complesse intessiture¹⁹¹ che fu J.R.R. Tolkien,

La Strada va avanti, sempre avanti
Giù giù dalla soglia dalla quale si diparte.
Ora la Strada è andata ancora più lontano, avanti,
E io devo seguirla, se riesco,
Inseguirla con passione
Fino a che si congiunga con un cammino più ampio
Dove si incontrano sentieri e percorsi.
E poi dove? Non so dirlo¹⁹².

Non solo e non tanto un viaggio, dunque, ma un (lento, misurato) *cammino*¹⁹³, uniti nella comune umanità, verso una meta sempre difficile da definire

¹⁸⁹ Come è stato sottolineato, assistiamo oggi a un crescente bisogno di «cura» per le stesse *norme* destinate a incidere sui pericoli che avvertiamo come bisognosi di prevenzione – una cura che implica, tra l'altro, la capacità di resistere alla tentazione di chiedere al *diritto* più di quanto questo possa dare, non potendosi esso sostituire a un'attenzione autentica (e autenticamente *umana*) per l'«unicità dell'altro», le «specificità della situazione», le «relazioni» tra le persone. Cfr. FORTI, *La cura delle norme*, in part. pp. 22 ss., anche in riferimento a E. PULCINI, *La cura del mondo. Paura e responsabilità nell'età globale*, Torino 2009, pp. 251 ss.

¹⁹⁰ Cfr. anche C. MAZZUCATO, *La giustizia dell'incontro. Il contributo della giustizia riparativa al dialogo tra responsabili e vittime della lotta armata*, in BERTAGNA - CERETTI - MAZZUCATO, *Il libro dell'incontro*, pp. 251 ss.

¹⁹¹ Cfr. anche W.H. AUDEN, *The Quest Hero*, «Texas Quarterly», 4 (1961), pp. 87-88, come citato in G.H. THOMSON, «*The Lord of the Rings*: The Novel as Traditional Romance», «Wisconsin Studies in Contemporary Literature», 8 (1967), 1, pp. 43 ss. (il rif. è a p. 57); R. SKLAR, *Tolkien and Hesse: Top of the Pops*, «The Nation», 8 maggio 1967, p. 598, come citato in G.W. BOSWELL, *Tolkien as Littérateur*, «The South Central Bulletin», 32 (1972), 4, p. 188.

¹⁹² Cfr. J.R.R. TOLKIEN, *The Lord of the Rings* (1954-1955), London 1995, p. 35 (Book I, *The Fellowship of the Rings*, Chap. I). Per lo stesso brano in edizione italiana cfr. ID., *Il Signore degli Anelli*, trad. it. di V. Alliaia di Villafranca, ed. a cura di Q. Principe, Milano 2000, p. 65 (ma la traduzione qui proposta, che privilegia il significato letterale sulla resa della musicalità dei versi, è nostra).

¹⁹³ Cfr. anche FORTI, *La cura delle norme*, pp. 30 ss. e 95 ss.; ID., *L'ansia disumana del «raggiungimento»*, pp. 794 ss.; ID., *Letteratura, educazione 'morale' dell'attenzione e residualità della risposta punitiva all'illecito*, pp. 127 ss.

compiutamente e che forse non sarà mai davvero raggiunta, ma a cui si può e si deve tendere, esercitando quella stessa «pazienza» che la storia millenaria del nostro pianeta concede da sempre alla fallibilità, insipienza e e brevità della «vita dell'uomo»¹⁹⁴.

Abstract. The conservation, protection and passing to future generations of the cultural heritage received from the past has known a huge increase in both national and international regulation since at least the beginning of the Twentieth Century. Currently, issues such as cultural property trafficking and the return and restitution of cultural objects illegally (or 'unjustly') taken away from their places of origin are of ever increasing relevance in the political and legislative agenda of many countries and international organizations. In this essay, we explore how a 'Law and Literature' – or, better, a 'Justice and Literature' – approach to cultural heritage law could benefit the ongoing debate, which involves, besides very complex legal issues, also deeply rooted and multifaceted symbolic implications of historical, political and socio-economical import and topicality. By discussing some relevant examples of Eighteenth and Nineteenth Century travel literature and narrative, this article suggests the importance of 'contextualization' for a 'just' solution of conflicts arising from 'crimes' against cultural heritage, and how a more 'narrative' approach to said conflicts could pave the way for a successful application of alternative dispute resolution techniques and, more specifically, restorative justice programmes, to questions of repatriation of cultural objects.

Keywords. Cultural heritage law, crimes against cultural heritage, cultural property trafficking, repatriation of cultural objects, decolonization, law and literature, justice and literature, alternative dispute resolution, restorative justice.

¹⁹⁴ Cfr. W.H. AUDEN, *The Traveller*, in ID., *The Collected Poetry of W.H.Auden*, New York 1945, p. 55: «Holding the distance up before his face / And standing under the peculiar tree, / He seeks the hostile unfamiliar place, / It is the strangeness that he tries to see // Of lands where he will not be asked to stay; / And fights with all his powers to be the same. / The One who loves Another far away, / And has a home, and wears his father's name. // Yet he and his are always the Expected: / The harbours touch him as he leaves the steamer, / The Soft, the Sweet, the Easily-Accepted; // The cities hold his feeling like a fan; / And crowds make room for him without a murmur, / As the earth has patience with the life of man.» Il sonetto, pubblicato originariamente nel «New Statesman» del 27 agosto 1938, scompare dalle edizioni dell'opera completa dell'Autore a partire dal 1966 (cfr. J. FULLER, *W.H. Auden: A Commentary*, Princeton-Oxford 1998, p. 233).